

J. rom. m.

278. h



J. rom. m.

278 R

Kuhlmann











DIE  
HYPOTHEK DES EIGENTHÜMERS

NACH DEN  
GRUNDSÄTZEN DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS

DARGESTELLT

VON

HUGO KUHLMANN.



LEIPZIG,  
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLLOT.  
1881.







## VORREDE.

---

Die Untersuchung, welche hiermit veröffentlicht wird, ist vom Verfasser in Rücksicht auf einen practischen Zweck angefertigt worden. Gleichwohl hat derselbe bei der Herausgabe von wesentlichen Aenderungen abgesehen, so nahe auch die Versuchung dazu lag; nur den Ausdruck suchte er mit schonender Hand hier und da zu schärfen.

Wohl war es verführerisch, die Begriffsentwicklung des Pfandrechts ausführlicher im Einzelnen zu begründen; es hatte viel Verlockendes, der Literaturgeschichte der behandelten Frage in eine entlegenere Vergangenheit zu folgen; mächtiger noch reizte die reichhaltigere Anfügung von Zusätzen aus dem deutschen Recht, die Beigabe einer Erörterung der Eigenthümerhypothek nach dem neueren preussischen und mecklenburgischen Rechte. Allein der Wunsch, der Arbeit ihre ursprüngliche Frische zu wahren, die Besorgniss, einerseits durch ein Zuviel die Aufmerksamkeit zu



zerstreuen, andererseits die Theilnahme der reger fesselnden Gegenwart über Gebühr zuzuwenden und vom Hauptgegenstande abzuwenden, schützten vor übler Nachgiebigkeit.

Wer es unternimmt, mit geringen und unsicheren Kenntnissen ausgerüstet, gegen die Ansichten der bewährtesten Rechtslehrer anzukämpfen, der soll keine Waffe aus der Hand legen. Wer an den Grundpfeilern der juristischen Dogmatik rüttelt, soll keine Stütze für den neuen Bau von sich werfen.

Der Verfasser hat in der That auf neuen Grundlagen eine neue Ansicht über die Hypothek des Eigenthümers aufgebaut. Hierin sucht er den Kern seiner Arbeit, die Rechtfertigung für die Inanspruchnahme der öffentlichen Aufmerksamkeit.

Unter diesen Verhältnissen wäre nur der eine Ausweg offen geblieben, die Erörterung auf breiterer Grundlage ganz neu auszuführen, wenn das Vorhandene nicht für genügend erachtet wurde. Doch auch dieser war verschlossen, wenngleich ein roher Grundriss bereits vorlag, weil dem Verfasser eine geschwächte Gesundheit solche Mühe augenblicklich nicht gestattet und schwerlich in nächster Zeit gestatten wird.

Ob derselbe im Dienste der Wissenschaft gearbeitet hat, mögen Berufenere entscheiden. Jedenfalls wird man ihm die Anerkennung nicht versagen können, dass er einen eigenen Weg eingeschlagen und mit Ausdauer und Furchtlosigkeit bis



an's Ziel verfolgt hat. Möge, wer immer sich dort nicht heimisch fühlt, wenigstens, wenn der Vergleich statthaft ist, durch eine sehenswerthe Rundschau für die Mühe des Nachfolgens sich entschädigt finden.

Wie lebhaft der Verfasser übrigens das Bedürfniss empfindet, den Leser um Nachsicht, Wohlwollen und Gunst zu bitten, braucht unter den gegebenen Umständen kaum hervorgehoben zu werden.

Grüne, in den Ostertagen 1881.



## BENUTZTE LITERATUR.

---

Puchta, Cursus der Institutionen, 8. Auflage 1875. Puchta, Pandecten, 12. Auflage, 1877. Baron, Pandecten, 3. Auflage, 1879. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, 4. Auflage, 1875. Brinz, Lehrbuch der Pandecten, 1. Auflage, 1857; Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 2. Auflage, 1855. von Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, 1. Band 7. Auflage, 1863. Glück, Commentar, Band 18, p. 165 ff. Voetius, Commentarius ad Pandectas, 1698. von Wenning-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache. Archiv für civilistische Praxis, Band VI. p. 134—150. Dr. W. Francke, Civilistische Abhandlungen, p. 107—128, Göttingen, 1826. Dr. Edmund Freiherr Gedult von Jungenfeldt, Ueber das Pfandrecht an eigener Sache, Giessen, 1827. J. A. Fritz, Erläuterungen u. s. f. zu von Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, p. 545—547, Freiburg, 1833. K. F. F. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, p. 96—113, Halle, 1836. J. J. Bachofen, Das römische Pfandrecht, p. 84—96, Basel, 1847. C. Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, Marburg, 1847. H. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 und 2, Leipzig, 1860, 1864. F. Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, Halle, 1874. G. Buchka,



Die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten Deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältniss zum römischen Recht, Rostock, 1875. R. Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877. Hartmann, Rechte an eigener Sache, Untersuchungen über die Lehre von Eigenthumsrecht, Freiburg, 1877. v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, Arnsberg, 1836. R. Sohm, Lehre vom subpignus, Rostock, 1864. F. P. Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, Leipzig, 1867. V. von Meibom, Das Deutsche Pfandrecht, Marburg, 1867. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Von Ihering und Gerber, Band X. p. 387 ff.: Passive Wirkungen der Rechte. Von R. Ihering. Band XI.: Die preussischen Entwürfe über die Rechte am Grundvermögen. Von O. Bähr, p. 93—95. Jenaer Literaturzeitung, Jahrgang 1875, p. 819 ff.: Rec. über die Schrift von Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers. Von Th. Muther. Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Von Brinz und Pözl. Band XVIII. p. 204—210. Rec. über die Schrift von Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers. Von F. Regelsberger. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, von Grünhut, Band V. p. 1—37: Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek. Von R. Sohm.

---

Das Corpus iuris ist nach der Ausgabe von Th. Mommsen und P. Krüger, Berlin, 1877, citirt.



## INHALT.

---

### § 1. Das Pfandrecht im Kreis zweckverwandter Rechtsinstitute.

Bürgschaft; Pfandrecht; pactum reservati domini; Verkauf auf Wiederkauf; Retentionsrecht; Conventionalstrafe; arrha; lex commissoria. Nicht immer verharren diese subsidiären Rechtsinstitute in der bloss dienenden Function.

### § 2. Der Begriff des Pfandrechts.

#### I. Ist das Pfandrecht ein accessorisches Recht?

Es sprechen dagegen:

1. Allgemeine Gründe. —
2. Erscheinungen des positiven Rechts.

#### II. Ist das Pfandrecht als das Recht auf einen Werth zu definiren?

1. Der Werth ist ein öconomischer, kein juristischer Begriff. —
2. Manche Vorschriften des römischen Pfandrechts sind vom Gesichtspunkt eines blossen Werthrechts aus ganz unerklärbar.

#### III. Gehört das Recht auf den Besitz zum wesentlichen Inhalt des Pfandrechts?

1. Die Römer kannten ein Pfandrecht ohne Besitz. —
2. Das ius possidendi des Pfandnehmers ist wohl bloss eine Folge der römischen Eigenthumserwerbstheorie.

#### IV. Ist das Wesen des Pfandrechts im Verkaufsrecht zu suchen?



1. Literaturnachweise aus:
    - a. der Gegenwart, — b. dem Alterthum.
  2. Generelle Bedeutung des Wortes „pignus“.
  3. Was erscheint als Object des Verkaufsrechts?
- V. Der Character des Pfandrechts bestimmt sich nach dem Gegenstande des verpfändeten Rechts. Im römischen Recht kommen folgende Objecte des Verkaufsrechts vor:
1. Eigenthum. — 2. Emphyteuse. — 3. Superficies. — 4. Pfandrecht. — 5. Dienstbarkeiten.

Hier erscheint die Verpfändung in folgenden Formen:

- a. als Verpfändung der Ausübung des Niessbrauchs,
  - b. als das pfandweise verliehene Recht, auf dem Wege des Verkaufes eine Servitut an dem Grundstück des Pfandschuldners zu bestellen;
  - c. als eine zu pfandrechtlichen Zwecken sofort bestellte Servitut. In solchem Falle tritt das Pfandrecht als ein allgemeiner Character auf, den manche Rechtsgeschäfte annehmen können, als eine causa. — Beispiele.
6. Forderung. — Schlussergebniss.
- § 3. Das Verhältniss von Pfandrecht und Eigenthum.

I. Welche Befugnisse gewährt das Pfandrecht, welche das Eigenthum?

1. Das Pfandrecht verleiht Veräusserungsrecht, welches aber nur nach einer Richtung hin ausgeübt werden darf. Der Verpfänder kann nicht mehr vollwirksam veräussern.
2. Gewöhnlich definirt man das Eigenthum als die schrankenlose, vollkommene Herrschaft über eine körperliche Sache.
3. Dieser Begriff ist falsch. Man kann es nur als die allgemeine oder oberste Herrschaft bezeichnen.



4. Die römischen Juristen haben den Eigenthumsbegriff so gefasst, dass eine Erweiterung des (dinglichen) Machtinhalts mittelst eines anderen hinzutretenden dinglichen oder sonstigen Rechts möglich erscheint. Beispiele:
  - a. Dominium duplex. — b. Servitus altius tollendi. —
  - c. Precarium, locatio rei suae.
- II. Sind die über das blosse Eigenthum hinausgehenden dinglichen Herrschaftsrechte an der eigenen Sache als erweiterte Eigenthumsbefugnisse oder als beschränkte dingliche Rechte aufzufassen?
  1. Formale Natur des Erlöschungsgrundes der Confusion.
  2. Das Pfandrecht ist nicht als ein Theil des Eigenthumsrechts, sondern als ein formell selbständiges Recht zu denken. Das Eigenthum erscheint als ein einheitliches Recht.
  3. Daher tritt keine Confusion ein:
    - a. solange neben Pfandrecht und Eigenthum ein fremdes dingliches Recht steht;
    - b. wenn das Pfandrecht den Machtinhalt an der eigenen Sache über die Grenzen hinaus erweitert, welche der Eigenthumsmacht als solcher generell gezogen sind;
    - c. nach einer singulären Behauptung Hartmann's soll auch das schwächere Recht neben dem unbegrenzten stärkeren „friedlich und uneingeschränkt“ fortbestehen können.
  4. Mit Unrecht spricht die neuere Literatur dem Pfandgläubiger-Eigenthümer die Verkaufsbefugniss ab.  
Ergebniss: Das Pfandrecht ist als ein dingliches Verkaufsrecht zu bezeichnen.
- § 4. Die römischen Stellen über das Pfandrecht an der eigenen Sache.  
Die l. 20 § 3. D. 13, 7 wird mit Unrecht hierher gezogen.



I. Ein Faustpfand ist nicht möglich an der eigenen Sache.

1. l. 45 D. 50, 17. — 2. l. 29 D. 13, 7. — 3. l. 33 § 5 D. 41, 3. — 4. l. 30 § 1 D. 44, 2. — 5. Versuch einer Begründung dieses Satzes.

II. Ein Pfandrecht an der eigenen Sache wird für möglich erklärt.

1. Das Pfandrecht trifft mit einem durch fremde dingliche Rechte beschränkten Eigenthum zusammen.

- a. l. 30 § 1 D. 44, 2. — b. l. 1 C. 8, 19. c. Die l. 1, 2, 5 § 1 und 6 D. 20, 5 gehören nicht hierher. — d. l. 17 D. 20, 4, l. 3 § 1 D. 20, 5 und l. 3 C. 8, 19.

2. Das Pfandrecht erweitert die dingliche Herrschaft über die dem Eigenthum generell gezogenen Grenzen hinaus, l. 61 pr. D. 36, 1.

3. Die Meinung, dass nach römischem Recht Pfandrecht neben vollem unbeschränkten Eigenthum zu bestehen vermöge, lässt sich durch Quellenzeugnisse nicht erhärten.

Ein solches Doppelrecht steht nicht zu:

- a. Dem Mündel an den vom Vormund mit seinem Geld angeschafften Sachen. — b. Der Ehefrau an den Dotalsachen. — c. Den Kindern an den wegen einer zweiten Ehe an sie fallenden *lucra nuptialia*. — d. Dem Pfandgläubiger an der ihm zu Eigenthum zugesprochenen Sache. — e. dem Legatar an der vermachten Sache. Die l. 9 pr. D. 20, 6 gibt über das Thema gar keine Entscheidung.

§ 5. Die Ansichten der Schriftsteller über das Pfandrecht an der eigenen Sache.

Die Frage, ob das römische Recht eine Eigenthümerhypothek kenne, wurde zu Anfang dieses Jahrhunderts durch von Wening-Ingenheim zuerst eingehend erörtert und bejaht.



I. Bald treten Gegner auf.

1. von Jungenfeldt behauptete, bisweilen werde das Pfandrecht als fortbestehend behandelt, bisweilen lebe es wieder auf nach Vereinigung mit dem Eigenthum.
2. Ein Eigenthumserwerb liegt nach Puchta's Ansicht in den von Wenig angezogenen Fällen gar nicht vor.
3. Die Concurrenz von allgemeinen und besonderen dinglichen besteht nach der Meinung Anderer gar nicht, da sich das Pfandrecht nicht als ein dingliches oder wenigstens nicht als ein besonderes dingliches Recht charakterisire.
  - a. Büchel erklärt es für eine obligatio rei in securitatem crediti constituta.
  - b. Bachofen hält es für identisch mit der Pfandklage (Keller und Brinz).
  - c. Nach Goldschmidt erscheint es als ein zu einem unbestimmten ideellen, aber bestimmbaren Theil veräussertes Eigenthum.
4. Andere vertreten die Ansicht, die Existenz eines Pfandrechts sei in den Quellenzeugnissen nicht ausgesprochen. Das Eigenthumsrecht nehme nur eine dem getilgten Pfandrecht gleiche Stellung ein.
  - a. Dernburg unterscheidet zwei Fälle:
    - α. Die versicherte Pfandforderung wurde beim Erwerb des Eigenthums getilgt. Hier werde der Eigenthümer durch eine exceptio in dem „Range des untergegangenen Pfandrechts“ geschützt, müsse sich da für das ius offerendi et succedendi von den Nachhypothekarien gefallen lassen, habe es aber auch selber gegen etwaige Vorpfandgläubiger, l. 1. 3 C. 8, 18; 17 D. 20, 4 und l. C. 8, 19.



- β. Die Pfandforderung blieb bestehen. In diesem Falle dauere die Pfandklage wegen der Fassung der formula fort, l. 30 § 1 D. 44, 2.
- b. Bremer gesteht dem Eigenthümer bloss die actio negatoria, nicht die hypothecaria zu.
- II. Der Ansicht von Wenig's schliessen sich die meisten Schriftsteller an. Doch müssen zwei Gruppen unterschieden werden:
1. Weitgehende Reservationen stellen auf:
    - a. Francke. Der Pfandgläubiger dürfe beim Erwerb des Eigenthums keine Wissenschaft von seiner Hypothek gehabt haben, sonst werde bei Abwesenheit ausdrücklichen Vorbehalts Verzicht auf dieselbe präsumirt.
    - b. Sintenis erklärt einen solchen Vorbehalt des Pfandrechts für nicht zulässig.
    - c. Buchka fordert, dass die versicherte Forderung fortbestehe (Muther).
  2. Im Wesentlichen stimmt die Mehrzahl der Schriftsteller mit von Wenig-Ingenheim überein. Man statuirte Billigkeitsausnahmen.
- § 6. Die einzelnen Fälle, in denen ein Pfandrecht an eigener Sache erscheint.
- I. Das Pfandrecht tritt als allgemeiner Character auf, den verschiedene Rechtsgeschäfte annehmen können.
  - II. Das Pfandrecht erscheint als ein selbständiges Rechtsinstitut, als ein dingliches Verkaufsrecht.
  - III. Eine merkwürdige Verbindung dieser beiden Formen findet sich bei der Geldverpfändung im Falle des sog. pignus irregulare.
-







## § 1.

### DAS PFANDRECHT IM KREISE ZWECKVER- WANDTER RECHTSINSTITUTE.

Kein Recht ist in dem Maasse der Verletzung ausgesetzt wie das Forderungsrecht, dessen Erfüllung in den Willen einer freien Person gestellt ist. Der directe Rechtsschutz erweist sich oft als zweckwidrig, ebenso oft als nutzlos, daher muss sich der Privatverkehr nach weiteren Sicherungsmitteln umsehen. Das römische Recht hat hauptsächlich folgende hervorgebracht. Der Gläubiger, namentlich derjenige, dem es in erster Linie um ein Geldinteresse zu thun ist, lässt sich von vornherein von einer anderen Person das Versprechen geben, dass sie für den Schuldner eintreten will — hier liegt Bürgschaft vor —, oder er lässt sich vom Schuldner an Bestandtheilen<sup>1)</sup> des schuldnerischen Vermögens ein directes Recht ertheilen, welches ihn befähigt, dieselben im Nichtbefriedigungsfalle zu verkaufen und sich aus dem Kaufpreise bezahlt zu machen — er gewinnt ein Pfandrecht —, oder er behält sich an der übertragenen Sache das Eigenthum oder wenigstens ein Wiedereinlösungsrecht vor — er hat ein pactum reservati dominii oder einen

---

<sup>1)</sup> Dernburg, l. c. I. p. 96. Bremer, l. c. p. 11.  
Kuhlmann, Hypothek.



Verkauf auf Wiederkauf abgeschlossen <sup>2)</sup>). Tritt das Interesse an der individuellen Leistung des Schuldners in den Vordergrund, so wird sich der Gläubiger durch Abschluss einer Strafstipulation sichern, kraft deren bei nicht rechtzeitiger oder überhaupt nicht ordentlicher Lösung der Verbindlichkeit eine Geldsumme geschuldet werden soll, weiter auch durch Annahme eines Handgeldes <sup>2a)</sup>), welches der Promissar in eben jenem Falle verlieren soll, endlich auch durch Abschluss eines Vertrages, demzufolge der treulose Contrahent seiner Rechte aus dem obligatorischen Hauptvertrage verlustig gehen soll. Nicht immer ist besondere Verabredung nöthig. In manchen Fällen gibt das Gesetz <sup>3)</sup>) schon einen Anspruch auf Zurückhaltung gewisser Sachen, bis eine Verbindlichkeit erfüllt wird.

Oft verharren diese subsidiären Institute nicht in ihrer dienenden Stellung, sondern treten als Regulatoren des strengen zu Unbilligkeiten führenden Rechts auf, indem sie den Hauptanspruch lebendig erhalten, nachdem derselbe für sich dem rigor iuris zum Opfer gefallen ist. Dies Schauspiel zeigt sich uns in den Fällen, wo propter pignus remanet obligatio <sup>4)</sup>), wo die arrha kraft gesetzlicher Vorschrift zur Strafe verfällt. Ja in dem Retentionsrecht des bonae und

---

2) Dernburg, I. p. 185, II. p. 104.

2a) Betrachtet man die arrha unter diesem Gesichtspunkt, so erklärt sich leicht, warum sie beim Verlöbniß das alte pignus mehr und mehr verdrängte, seit die ethische Bedeutung der Ehe zu grösserer Anerkennung gelangte; cfr. Puchta, Institutionen des römischen Rechts, Bd. II. p. 401 Note k.

3) z. B. l. un. C. 8, 27.

4) Dernburg, II. p. 588 sub 8. Auch das pignus im engeren Sinn, das Faustpfand, vermag bisweilen die Rolle des ius aequum zu übernehmen, namentlich im Fall der antichresis tacita; Dernburg, II. p. 73 und 74. In dieser Function tritt auch die Bürgschaft auf in den Fällen der l. 38 § 5 D. 46, 3 und l. 21 § 2 D. 42, 1; Dernburg, II. 592. Soweit, dass die Forderung stets zur Tilgung kommen müsste, reicht na-



malae fidei possessor besteht allein der diesen Personen zukommende Ersatzanspruch, durch dasselbe wird er allein „sanctionirt“, wie Hartmann sich ausdrückt.

Durch alle diese Institute zieht sich wie ein rother Faden der Sicherungszweck hindurch: überall gilt es, eine Obligation zu schützen. Sie alle entstehen nur mit einer Obligation und gehen in der Regel mit ihr unter.

So ruhen sie auf einer Basis, aber der Ausbau, die technisch juristische Construction zeigt die grösste Mannigfaltigkeit. Obligatorische stehen neben dinglichen, vertragsmässige neben gesetzlichen Rechten.

## § 2.

### DER BEGRIFF DES PFANDRECHTS.

Die vorstehenden Bemerkungen haben das Pfandrecht gewissermaassen in roher Schale gezeigt. Es gilt jetzt den Kern bloss zu schälen.

Das römische Recht gibt keine Definition. Erst im Zeitalter der späteren Kaiser hat sich der Begriff klar hervorgebildet. Die pfandrechtlichen Zwecke wurden anfangs durch alte Rechtsinstitute erreicht, bis schliesslich das diesen allein gewidmete pignus dieselben, freilich nur ganz allmählich, verdrängte.

Das pignus diente ursprünglich zur Sicherung der verschiedensten Ansprüche<sup>5)</sup>. Oeffentlichrechtliche<sup>6)</sup>, familienrechtliche, vermögensrechtliche Verpflichtungen waren unter

---

türlich dieser Schutz nicht, kann er vernünftigerweise nicht reichen, die Frage aber, wie weit er sich erstreckt, kann nur vom positiven Quellenrecht aus beantwortet werden.

5) Dernburg, I. p. 44 ff.

6) Puchta, Institutionen, I. p. 187 und p. 230 Note d.



seine Obhut gestellt. Später zog es sich auf die letzteren zurück.

Der Begriff dieses pignus ist nun derjenige des gemeinen Rechts. Ueber seine Bestimmung herrscht der heftigste Streit. Die Definitionen des Pfandrechts als eines Forderungsrechts, welche Büchel aufgestellt hat, oder eines dinglichen Forderungsrechts, welche sich bei Sintenis <sup>7)</sup> und von Vangerow <sup>8)</sup> findet <sup>9)</sup>, dürften namentlich durch die eingehenden Ausführungen Dernburg's hinlänglich widerlegt sein. Dass das Pfandrecht als ein dingliches Recht characterisirt werden muss, wird von der gemeinen Meinung gebilligt. Gleich hier aber springt eine Verschiedenheit in die Augen, welche das Pfandrecht vor den übrigen dinglichen Rechten merkwürdig kennzeichnet.

Es soll ein accessorisches Recht sein, d. h. ein Recht ohne selbständigen Daseinszweck, welches nur durch Anlehnung an ein Forderungsrecht Zweck und Leben gewinnen könne. Diese Ansicht, welche die grössten Rechtslehrer für das römische Recht <sup>10)</sup> aufgestellt haben, ist neuerdings wieder mit Wärme gegen abweichende Meinungen von Dernburg <sup>11)</sup>, Buchka <sup>12)</sup> und Muther <sup>13)</sup> vertheidigt worden.

---

7) Sintenis, p. 5 ff.

8) von Vangerow, I. p. 797 ff.

9) Der singuläre Versuch Bachofen's, die Pfandklage für identisch mit dem Pfandrecht zu erweisen, bedarf kaum der Erwähnung.

10) Windscheid, I. p. 721, gibt zu, dass das römische Recht diese Auffassung nicht streng durchgeführt habe. Ein Pfandrecht ohne Forderung, aber als blosse Singularität nehmen auch an: Rudorff zu Puchta's, Pandecten, p. 298 Note c, Arndts, p. 546 und 547, von Vangerow, I. p. 840 sub 2; vergl. auch Fritz, Erläuterungen, 2 p. 452 und 453.

11) Dernburg, I. p. 514 ff. p. 97 p. 520.

12) Die Hypothek des Eigenthümers, p. 46.

13) Muther, in der Jenaer Literaturzeitung 1875, p. 819 ff.; vergl. auch Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte, p. 56.



Der Umstand, dass das Pfandrecht einem anderen Rechte dienstbar ist, dass es nur eine ideelle Existenz hat, dass es selbst nur ein flüchtiges, oft spurloses Dasein fristet, oder, um mit Dernburg zu sprechen, „mehr als eine blosse Potenz denn als eine aktuelle Macht“ erscheint, hat in der That viel Verlockendes. Niemand wird leugnen, dass das Pfandrecht nur mit einer Forderung entsteht, in der Regel mit ihr untergeht, dass es wesentlich zur Sicherung derselben bestimmt ist. Ob aber diese Verhältnisse mit in den Begriff hineingezogen werden sollen, kann füglich bezweifelt werden. Der Begriff eines Rechts ist durch seinen Inhalt gegeben. Wie wenig gerade der Zweck für den letzteren maassgebend ist, dürfte aus dem im § 1 Gesagten hervorgehen. Dies wird denn auch von denjenigen Schriftstellern, welche die accessorische Qualität in die Definition aufnehmen, im Allgemeinen durchaus nicht in Abrede gestellt. So sagt z. B. Bremer<sup>14)</sup>: „die fiducia und hypotheca dienen gleichen Zwecken, die Identität des Zwecks involvirt noch keineswegs Identität der Mittel.“ Sintenis<sup>15)</sup> bemerkt: „der Zweck, wesshalb man ein Recht erwirbt, ist auf dessen Natur ohne Einfluss.“ Noch weniger Bedeutung kann der Art der Entstehung eingeräumt werden. So sagt denn auch Dernburg<sup>16)</sup>: „die Entstehung eines Rechts ist für seinen Inhalt durchaus nicht maassgebend.“ Die Aufnahme des accessorischen Charakters in die Definition wird daher auch von Büchel<sup>17)</sup> abgelehnt: „In der accessorischen Eigenschaft würde eine zunächst nur auf Entstehung und Erlöschung des Pfandrechts, nicht

---

14) p. 58 l. c.

15) p. 103 l. c.

16) I. p. 346 l. c.

17) Ueber iura in re und deren Verpfändung siehe p. 302.



aber auf dessen innere Bedeutung Einfluss habende Verschiedenheit von den übrigen dinglichen Sachenrechten liegen.“

Hier dürfte ein Vergleich mit den Servituten am Platze sein.

Dieselben sind stets an einen festbestimmten Zweck gebunden, nach welchem sich Umfang, Art und Dauer der Berechtigung normiren. Wäre dieser für den Inhalt entscheidend, so müssten die irregulären Personalservituten anders bezeichnet werden als die im Uebrigen gleichartigen Prädialservituten, und man könnte die Dienstbarkeiten darnach bald als Accessionen des Rechts der Persönlichkeit, bald als Anhängsel des Eigenthums am Grundstück auffassen. Nun aber definiren die Römer jene als „aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, ius transeundi, servitus calcis coquendae, cretae eximendae, facultas eundi ducendi agendi“ und diese ebenso<sup>18)</sup>.

Nicht einmal die Bedingungen und Voraussetzungen der Ausübung werden von den Römern bei der Begriffsbestimmung berücksichtigt. Dies zeigt sich in folgendem interessanten Fragment: l. 1 § 3 D. 43, 20: „Duo autem sunt genera aquarum, est cottidiana, est et aestiva, cottidiana ab aestiva usu differt non iure“ (Ulpianus).

Entstehung und Beendigung unterliegen natürlich wesentlich anderen Grundsätzen bei irregulären Personal- und bei Prädialservituten; der Inhalt des Rechts wird davon nicht berührt.

Warum sollen diese Sätze nicht auf das Pfandrecht angewendet werden dürfen? Man könnte einwenden, weil das-

---

18) cfr. hierzu folgende Stellen: l. 14 D. 34, 1 und l. 4 D. 8, 3; l. 6 D. 33, 3; l. 1 D. 33, 2; l. 1. 4, 6 pr. D. 8, 3. l. 37 D. 8, 3 und l. 32 D. 7, 1; l. 1 pr. und § 1, l. 3 D. 8, 3 und pr. I. 2, 3.



selbe auf's Innigste an die Forderung geknüpft ist, für sich selbst keinen Gehalt, keine eigene Bedeutung hat.

Allein dieser Einwand trifft nicht zu. Dass die Römer dem Pfandrecht eine selbständige Wirksamkeit im breitesten Maasse zuerkannt haben, mag in Folgendem erwiesen werden. Das Pfandrecht äussert Wirkungen bereits vor der Fälligkeit der Obligation. Ist zum Beispiel für eine betagte Forderung ein Faustpfand bestellt, so kann sich der Gläubiger mit Hülfe der Interdicte inzwischen im Besitz behaupten, ja selbst sich verlorenen Besitz durch die *actio hypothecaria* wieder verschaffen<sup>19)</sup>. In Folge der aus dem Pfandcontract entspringenden *actio pignoratitia in personam*<sup>20)</sup> kann der Gläubiger sogar vor Fälligkeit der Forderung Zwangsmaassregeln zum Zweck der Beitreibung in Bewegung setzen. Auch kann ein Pfandrecht für eine künftige Schuld begründet werden, gleichgültig ob bereits ein wenigstens auf einer Seite fester obligatorischer Nexus existirt oder nicht<sup>21)</sup>.

Während des Bestehens der Obligation übt das Pfandrecht oft bedeutsame Rückwirkung auf dieselbe aus. Die *naturalis obligatio*, für welche ein Pfand gegeben ist, wird durch dasselbe realisirbar, nicht indem sie zu einem klagbaren Anspruch erhoben wird, sondern indem der Erlös des Pfandes dem Schuldner entzogen bleibt; man kann hier in der That von einer „Zahlung des Pfandrechts“ sprechen<sup>22)</sup>. Der Gläubiger gewinnt nur Befriedigung „usque

---

19) Dernburg, I. p. 517.

20) Dernburg, I. p. 168 und II. p. 4. Bei der Verurtheilung wird sogar das Interesse an der Retention des Pfandes wegen etwaiger chirographischer Forderungen in Anschlag gebracht.

21) Dernburg, I. p. 519. Ich weiss sehr wohl, dass diese Ansicht nicht von allen Rechtslehrern getheilt wird, cfr. indess l. 5 pr. D. 20,5 und l. 35 D. 5,1; Puchta, Pandecten, p. 320 Note b.

22) Sohm, Zeitschrift für Privatrecht. Bd. V. p. 4 Note 6.



ad pignoris quantitatem“, sonst könnte ja ein Pfandrecht, für eine natürliche Verbindlichkeit bestellt, nicht gedacht werden“<sup>23)</sup>, was freilich Dernburg bestreitet. Ja vermöge der Pfandbestellung kann es sich ereignen, dass der Schuldner seinem Gläubiger gar nicht mehr rechtswirksam zahlen kann<sup>24)</sup>.

Dass sich bisweilen im Pfandrecht eine untergegangene Forderung erhält, ist schon im § 1 bemerkt. Die Annahme einer naturalis obligatio ist ein offener Nothbehelf. Wir erfahren nirgends, dass die Römer dem Satze „propter pignus remanet naturalis obligatio“ ausser dem Pfandrecht eine praktische Folge gegeben hätten. Dernburg<sup>25)</sup> nimmt dies zwar an, allein er begegnet manchem Widerspruch<sup>26)</sup>. Der Ausdruck „naturalis obligatio“<sup>27)</sup> ist aber nicht beweisend, da er von den Römern nicht in dem technischen Sinne angewendet wurde, welchen ihm manche Neuere beilegen<sup>28)</sup>.

Als weitere Nachwirkungen lassen sich noch anführen eine Besitz-<sup>29)</sup> und eine Retentionsbefugnis<sup>30)</sup>, hinsichtlich deren selbst Dernburg gesteht, dass sie „über den ursprünglichen Zweck und die normalen Grenzen des Pfandrechts“ hinausgehen.

Von diesem Gesichtspunkte aus, dass das Pfandrecht

---

23) Francke, p. 126; cfr. l. 9 p. D. 14, 6.

24) Dernburg, II. p. 209, 211 u. 228; cfr. c. l. 2 C. 8, 20 II. p. 170.

25) Dernburg, II. p. 588 und 592.

26) Windscheid, I. p. 815 Note 4.

27) Puchta, Institutionen, II. p. 335. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II. p. 6.

28) Eine Fortdauer des Pfandrechts nach Untergang der Forderung nehmen übrigens auch an: Hartmann, p. 49; Regelsberger, in der Kritischen Vierteljahrsschrift XVIII. p. 204; von Wenig-Ingenheim, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. II. p. 137 und 139.

29) Dernburg, II. p. 61.

30) Dernburg, II. p. 94.



die Forderung überdauern kann, hat sich schon Brinz <sup>31)</sup> gegen die accessorische Natur des Pfandrechts erklärt.

Zum Schluss mögen noch einige Inconsequenzen erwähnt werden, denn derjenige nicht entgehen kann, welcher an der begrifflich-accessorischen Qualität des Pfandrechts festhält. Er ist genöthigt die Anomalie der Uebertragung eines Pfandrechts ohne Uebertragung der Forderung anzunehmen <sup>32)</sup>. Dernburg geräth zwar in Folge seiner bekannten Successionstheorie nicht in diese Enge in den gewöhnlichen Fällen. Allein im Falle der l. 38 § 5 D. 46, 3 versagt seine Aushilfe; dafür nimmt er, freilich folgerecht, seine Zuflucht zum strengen Formalismus, der aus Gründen der Billigkeit gebrochen werde <sup>33)</sup>. Er erklärt die Bürgschaftsschuld für naturaliter fortbestehend, aber ohne Berufung, ohne Unterstützung durch ein Quellenzeugniss.

Bei der Erörterung der l. 6 D. 20, 5 wird er jedoch offen seinem Principe untreu. Er sagt nämlich <sup>34)</sup>: „Der Bürge gilt als Cessionar der Pfandrechte des Verkäufers.“

Sieht man in der Afterverpfändung zugleich eine Verpfändung der Forderung <sup>35)</sup>, so macht man die Accession für das Schicksal der Hauptsache bedeutungsvoll und entscheidend. Ist es aber überhaupt nicht ein Unding, dass eine Accession wieder Gegenstand eines Rechts sein soll? <sup>36)</sup>

So drängt sich denn die Entscheidung auf, dass es sowohl aus historischen als aus allgemeinen Gründen unzulässig ist,

---

31) Brinz, Pandecten, p. 291.

32) Windscheid, I. p. 7 ff.; Arndts, § 37, 4. A. A.: Dernburg, I. p. 561 II. 475 ff. von Jungensfeldt, p. 15.

33) Dernburg, II. p. 592 und 593. Baron, Pandecten, 295 sub 4.

34) Dernburg, II. 168 sub 2.

35) Dernburg, I. p. 480 ff.

36) Bremer, p. 55.



das Pfandrecht für ein begrifflich-accessorisches Recht zu erklären. In diesem Sinne verstehe ich auch das Citat von Paul Hoffmann, welches sich bei Bremer <sup>37)</sup> findet: „Obgleich es kein Pfandrecht gibt ohne eine durch dasselbe gesicherte Forderung, so ist jenes doch auch nicht ein blosser Bestandtheil der letzteren, sondern hat, unter Voraussetzung der Forderung, einen eigenen Inhalt <sup>37 a)</sup>.“ Diesen Inhalt gilt es

---

37) Bremer, p. 56. Dass sich auch Sohm zu der im Text vertheidigten Ansicht bekannt hat, Zeitschrift für Privatrecht Bd. V. p. 2 ff., verdient noch erwähnt zu werden. Beistimmend auch Schmidt, Grundsätze des gemeinen und preussischen Pfandrechts 1840, p. 90 ff.

37a) Die Tendenz, auf den Pfandschuldner einen Druck auszuüben, wohnte noch mehr als der ausgebildeten römischen Conventionalhypothek, den prätorischen Missionen inne. Hier erhielt der Berechtigte „Detention, Aufsicht, Mitbesitz,“ dort blieb die ganze thatsächliche Verfügungsfreiheit beim Schuldner. Hier drohten einem hartnäckigen Willen Nachtheile, welche weit über das ursprüngliche, durch das zu sichernde Recht gegebene Interesse hinausgingen, dort war bloss ein Verlust zu besorgen, der, wenn man rein auf das vermögensrechtliche Resultat sieht, kaum wenige Schritte sich über die zu Grunde liegende Verbindlichkeit vordrängte. Das Vertragspfand schützte in erster Linie einen Werth, das pignus praetorium erzwang die Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche zwar ein öconomisches Interesse schliesslich immer auch befriedigten, bei denen dasselbe aber oft in die zweite Reihe trat. Es war eben durchweg das einzige Zwangsmittel für dieselben, während eine Obligation regelmässig aus sich realisirbar war. Auch hieraus erhellt, dass die accessorische Qualität den Römern nicht so bedeutsam erschien, als man gewöhnlich annimmt. Die ganze Verbindlichkeit stand und fiel mit dem Pfandrecht, und dennoch zögert Justinian nicht, das pignus praetorium auf eine Linie mit der gewöhnlichen Hypothek zu stellen, cfr. namentlich l. 2 p. C. 8,21: *Veteris iuris dubitationem decidentem ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur,*“ cfr. auch l. 2 pr. D. 41,5 und l. 12 D. 41,4, auch Dernburg, I. p. 414 (Note 23). Hier sagt er, „das Conventionalpfandrecht und das prätorische seien sehr genähert“, d. h. im Hinblick auf die actio hypothecaria, während er p. 420 annimmt, dass der Gläubiger, welcher auf Grund eines Urtheils eine Immission in das Vermögen des Verurtheilten erwirkte, „eine pfandrechtliche Befugniss privatrechtlicher Natur“ erhielt. Ich stehe nicht an, dieser letzteren Ansicht den Vorzug zu geben. Uebrigens entscheiden sich für vollständige



jetzt zu finden. Gewöhnlich wird das Pfandrecht als das Recht auf einen Werth definirt; so sagt Puchta: Den Inhalt des ius in re bilde entweder die Benutzung oder ihr Verkaufswerth<sup>38)</sup>. Die Ungleichförmigkeit dieser Ausdrucksweise springt in die Augen; dort steht ein Transitiv, hier ein Intransitiv. Der Versuch, das Pfandrecht als ein Werthrecht zu begreifen, führt leicht dazu, die accessorische Qualität desselben in den Begriff hineinzuzwängen. Allein dieser Versuch selbst dürfte unhaltbar sein. Sohm und Bremer, ersterer in seinem Werk über das subpignus, letzterer in seiner Schrift über das Pfandrecht und die Pfandobjecte, haben sich zu seinen Gunsten ausgesprochen. Ersterer indess befindet sich in einem eigenthümlichen Widerspruch, letzterer betont zu sehr die Eigenthümlichkeit der Geldverpfändung<sup>39)</sup> und die Nothwendigkeit eines einheitlichen Begriffs, der alle Pfandrechte, welchen Gegenstand sie auch zum Object haben mögen, gleichzeitig umfasse. Von beiden wird noch weiter unten die Rede sein.

Diese Schriftsteller haben den öconomischen Gesichtspunkt zu weit in den Vordergrund gerückt. Der Werth ist kein juristischer, sondern ein öconomischer Begriff<sup>40)</sup>.

Auch ist übersehen, dass das Pfandrecht mit dem Vollzug der Veräußerung erlischt, der creditor zugleich aufhört Pfandgläubiger zu sein. Dass er sich den Kaufpreis aneignen darf, ist keine pfandrehtlich besondere Berechtigung mehr<sup>41)</sup>. Er hat verkauft, empfängt den Erlös und kann nun auf die

---

Gleichstellung in diesem Falle auch Glück, Bd. XVIII. p.194 („gleiche Kraft und Wirkung“), und Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozess, 8. Auflage 1856, p. 1110.

38) Puchta, Pandecten, p. 211.

39) Bremer, p. 23, 27, 35, 63 Note 2.

40) Rudorff zu Puchta's Pandecten, p. 297 Note d.

41) Windscheid, I. p. 758.



Obligation hin compensiren; dies Recht stünde ihm, wenigstens nach dem Rechte der späteren Kaiserzeit selbst für den Fall zu, dass er einen Schatz auf seines Schuldners Grundstück gefunden hätte hinsichtlich der abzuliefernden Schatzhälfte. Das Besondere ist nur, dass er den Kaufpreis nur bis zu einer bestimmten Höhe, bis zur Deckung der versicherten Forderung zurückhalten darf, den Rest, die hyperocha, herausgeben muss. Diese Pflicht folgt aus den obligatorischen Verbindlichkeiten, welche das Pfandrecht so gut wie jedes andere dingliche Recht begleiten<sup>42)</sup>, welche, wie Dernburg, I. p. 141, behauptet, „dem ausgebildeten Pfandrecht unentbehrlich sind“; sie lassen aber das dingliche Recht an sich intact. Auch sind sie vom eigentlichen Pfandrecht ganz unabhängig. Zu ihrer Entstehung ist keineswegs gefordert, dass sich das Pfandrecht in der Rechtswelt objectivire<sup>43)</sup>.

Nicht eindringlich genug kann desshalb Dernburg vor einer Vermischung des dinglichen und persönlichen<sup>44)</sup> Elements warnen.

Anders schildert Sohm<sup>44a)</sup> dieses Verhältniss:

„Allerdings bereichert das Pfandrecht nicht, doch nur aus dem Grunde, weil in dem Moment, in welchem der Pfandgläubiger sich durch Ausübung seines Pfandrechts den Vermögenswerth verschafft, ein anderes Recht an dessen Stelle tritt, aus seinem Vermögen scheidet, nämlich das Forderungsrecht, für welches jenes Pfandrecht bestellt ist.“

---

42) Dernburg I. p. 139.

43) Auch von der Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, verwirft die Definition, welche das Pfandrecht als ein Werthrecht bezeichnet, p. 242, 243 und 245.

44) Dernburg, I. p. 98 und 99, II. p. 220 und 223.

44a) Sohm, Lehre vom subpignus, p. 56.



Wie stimmt aber hierzu die Bemerkung desselben Schriftstellers<sup>45)</sup>, dass es eine Zahlung des Pfandrechts gibt?

Noch manche Argumente habe ich gegen die Definition: das Pandrecht ist ein Werthrecht, gesammelt. Da sich indess schon der Stoff über Gebühr zu häufen droht, so sei mir verstattet, hier statt weiterer Erörterungen auf Stellen des Dernburg'schen Lehrbuchs zu verweisen. Es werden an den betreffenden Orten Erscheinungen erwähnt, welche sich nach meiner Ansicht vom Standpunkt eines Werthrechts aus schwerlich erklären lassen:

Dernburg, Bd. I. p. 430, 502 und 516.

Dernburg, Bd. II. p. 44, 49, 76, 86, 87, 149, 170 (der verkaufende Pfandgläubiger vergibt Eigenthum; stünde ihm ein blosses Werthrecht zu, so könnte er doch auch nur dieses übertragen), 182, 204, 225, 308 al. 3 (der beklagte Pfandbesitzer hat nicht das Recht, sich durch Angebot des Werths der Pfandsache zu befreien, falls derselbe unter der Schuldsumme steht), 353, 359, 393, 403, 510 g. E., 529, 542, 554, 560, 565 ff., 580<sup>46) 47)</sup>.

Kann nun auch die Definition, welche das Pfandrecht für das Recht auf den Werth einer Sache ausgibt, nicht für zutreffend erachtet werden, so muss man ihr doch eine hervorragende Stelle in der Geschichte der Theorien über den Pfandbegriff einräumen, weil sie die Frage, wie weit der Besitz für denselben bedeutungsvoll ist, einer genaueren

---

45) Sohm in Grünhut's Zeitschrift für Privatrecht 1878, Bd. V. p. 4 Note 6.

46) cfr. Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, p. 38 Note 40.

47) Es mag auch bemerkt werden, dass das Pfandrecht ausser der materiellen Sicherung des Leistungswerthes noch andere Interessen befriedigte, z. B. die möglichst pünktliche Entrichtung des Schuldobjects. Dernburg, II. p. 147.



Prüfung unterworfen hat. Bremer<sup>48)</sup> wenigstens hat diese Frage in verneinendem Sinne beantwortet, und seine Ausführungen dürften auch durch die Einwendungen, welche Windscheid<sup>49)</sup> dagegen erhoben hat, nicht entkräftet worden sein. Dieser Rechtslehrer sagt nämlich, der ganze Entwicklungsgang der römischen hypotheca wiese dem ius possidendi einen besonderen Platz an. Hierin ist zwar soviel richtig, dass das pignus im engern Sinne den Ausgangspunkt der Entwicklung bildete, allein später mischten sich so manche andere Elemente in's Spiel, dass dem Besitz die ursprüngliche Bedeutung nicht mehr zukam. Sehr oft kam es vor, dass ein Pfandgläubiger verkaufte, ohne dass er sich im Besitz der Sache befand. Er musste dann seine etwaigen actiones praestare; Niemand fiel es ein, ihn darum weniger für einen Vollpfandgläubiger zu halten. Die Ansicht, das Besitzrecht mehr für eine Folge der römischen Eigentums-erwerbtheorie als des Pfandbegriffes zu halten, liegt sehr nahe. Auch Dernburg<sup>50)</sup> hat sich in dieser Richtung ausgesprochen, obgleich er noch das ius possidendi in seine Begriffsbestimmung aufnimmt. Jedenfalls war den Römern ein Pfandrecht ohne Besitz keine abnorme Erscheinung, wie die praediatūra und das pignus ex causa iudicati captum beweisen. An einem anderen Orte findet denn auch Windscheid<sup>51)</sup> den hauptsächlichen Inhalt des Pfandrechts im Verkaufsrecht. So legen denn auch die Begriffsbestimmungen, welche sich gelegentlich bei den juristischen Autoren finden,

---

48) Bremer, p. 74 ff.

49) Windscheid, I. p. 731 in der Note.

50) Dernburg, I. p. 122, II. p. 54, 132 und 596 und I. p. 97. Auch Sohm, in Grünhut's Zeitschrift Bd. V. p. 18 bemerkt: „die Besitzbefugnis ist hier wie sonst nur Mittel zum Zweck“; cfr. noch Dernburg, II. p. 55, 177 und 178.

51) Windscheid, I. p. 769 und 770.



durchweg keinen Werth auf das Besitzrecht<sup>52) 53) 54)</sup>. Wollte man alle Befugnisse, welche sich mit dem Pfandrecht verbinden können, dabei berücksichtigen, so dürfte man auch die Antichrese nicht aus den Augen lassen. Wohin möchte das führen?

Einige Citate aus dem grossen Werke Dernburg's mögen andeuten, worin nun der Inhalt des Pfandrechts zu suchen ist. An einer Stelle<sup>55)</sup> erklärt dieser Schriftsteller das Verkaufsrecht für einen „wesentlichen Bestandtheil“, an einer anderen für den<sup>56)</sup> „Hauptinhalt des Pfandrechts“. Noch schärfer spricht er sich I. p. 108 aus: „die Befugniss, die practisch die wichtigste des Pfandrechts, begrifflich den wesentlichsten Bestandtheil desselben bildet“, womit schlecht im Einklang steht, wenn er im Inhaltsregister<sup>57)</sup> das Verkaufsrecht ein *naturale negotii* nennt. An einer anderen Stelle<sup>58)</sup> heisst es: „das Verkaufsrecht ist ein wesentliches Attribut des Pfandrechts, gleich wichtig bei der Verpfändung von Rechten wie von körperlichen Sachen, während das Recht auf den Besitz und die *actio hypothecaria* nur dem Pfandrecht an körperlichen Sachen angehört“; und weiter unten, indem er einen zusammenfassenden Ueberblick über

---

52) cfr. z. B. Francke, Civilistische Abhandlungen, p. 108; von Jungenfeldt, p. 23; Puchta, Pandecten, p. 297; vgl. auch Hartmann, Rechte an eigener Sache, p. 59.

53) Es mag noch erwähnt werden, dass die *dominii impetratio* auch dem Nichtbesitzer Eigenthum verlieh.

54) Für sehr wesentlich hält das Besitzrecht neuerdings wieder Buchka, l. c. p. 25 ff., dagegen für unwesentlich auch Fritz, l. c. p. 546.

55) II. p. 84.

56) II. p. 393.

57) I. p. X.

58) II. p. 108.



die Entwicklung desselben gibt, stellt er es als einen so nothwendig gewordenen Bestandtheil des Pfandrechts hin, dass es selbst durch ausdrückliche Verabredung dem Creditor nicht entzogen werden könne <sup>59)</sup>. An einem anderen Orte <sup>60)</sup> wieder sagt er, dass man das Verkaufsrecht „als eine Befugniss betrachtete, welche einem ausgebildeten Pfandrecht wesentlich ist“. Wer einen Fortschritt in der Geschichte erblickt, darf diesen Entwicklungsgang nicht aus den Augen lassen.

Wie früher im *pactum fiduciae*, welches allmählich für so wesentlich erachtet wurde, dass es dem ganzen Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung den Namen verlieh, so ist später im *pactum de vendendo* der Kern des Pfandrechts zu suchen, der natürlich von der Jurisprudenz erst langsam erkannt wurde <sup>61)</sup>. Hier entrollt sich der reine Begriff: Eigenthum, Besitz, Nebenverträge sind weggefallen, um dem Verkaufsrecht den Platz zu räumen. Wie geläufig aber diese Anschauung schon dem römischen Leben war, tritt in den Formularien zur Verkaufsbevollmächtigung hervor: „ut pecunia non soluta ei ad quem ea res pertinet, fundum pignori obligatum vendere liceret“ <sup>62)</sup>. Dieselbe schimmert auch deutlich durch einzelne Ausprüche der römischen Juristen hindurch, so sagt Papinian in der l. 1 § 1 D. 20, 1: Hanc rem frustra distrahere, um die Ungültigkeit der Verpfändung zu bezeichnen, so erblickt er an einem anderen Orte <sup>63)</sup> in der Verkaufsbevollmächtigung im Fall der Nichtleistung eine Verpfändung.

---

59) Wenn trotzdem Sintoni<sup>1)</sup>, Büchel und v. Vangerow das Verkaufsrecht für ein rein äusserliches Attribut des Pfandrechts erklären, so ist diese Betrachtungsweise ganz willkürlich.

60) Dernburg, I. p. 93.

61) Dernburg, II. p. 109 ff.

62) Dernburg, II. p. 113 cfr. auch Gaius, II. 64.

63) l. 3 § 2 D. 20, 4.



So konnten denn auch die Römer, indem sie bloss auf das Verkaufsrecht sahen, unter der generellen Bezeichnung „pignus“ Rechtsinstitute zusammenfassen, welche sich untereinander auf das Mannigfaltigste unterscheiden <sup>64)</sup>: das verpfändete Forderungsrecht, welches doch gewiss keinen Anspruch auf Besitz verleiht, das pignus iudiciale, welches nur in die Hände des Gerichts geräth, <sup>65)</sup> das pignus praetorium, welches anfangs nur eine durch eine actio in factum geschützte Detention gab <sup>66)</sup>.

Welche Befugnisse das pignus gewährte, das durch die capio eines Magistrats zur Erzwingung öffentlicher Pflichten und das durch die Privatpfändung des zur legis actio per pignoris captionem Berechtigten entstand, ist noch Gegenstand einer Controverse <sup>67)</sup>.

Der Character des Verkaufsrechts bestimmt sich nach dem Gegenstande des Pfandrechts <sup>67 a)</sup>. Die Frage aber, was als Object desselben anzusehen ist, bedarf vorher einer kurzen Erörterung. Exner hat in seiner berühmten Kritik des Pfandrechtsbegriffes behauptet: Mögliche Objecte eines Rechts seien nur Sachen und Personen. Nur sie seien greifbar unserer Herrschaft unterworfen. Rechte aber als blosser Gedankendinge vermöge man nicht zu beherrschen. Allein hiergegen ist einzuwenden, dass auch die Menschen als ideelle Personen, nicht als Naturkörper dem fremden Privatrecht unterthänig gemacht werden <sup>68)</sup>. Es liegt nicht in der Be-

---

64) Dies ist der allgemeine Characterzug, welcher sich in der Regel überall findet, wo von einem pignus die Rede ist.

65) cfr. l. 3 C. 7, 53.

66) Hier kann füglich nur die missio rei servandae causa in Betracht kommen vor der l. 2 C. 8, 21.

67) Dernburg, I. p. 48 und 49; Puchta, I. p. 187, 479 und 560.

67 a) Puchta, Pandecten, p. 297 und 298.

68) Hartmann, l. c. p. 25 ff. Wer von der Ansicht Exner's sich leiten lässt, könnte auf den seltsamen Gedanken verfallen, Hermogenian



trachtungsweise der Römer, allgemeine Rechtsgrundsätze systematisch aufzustellen und zusammenzufassen <sup>68a</sup>); sie greifen den Einzelfall heraus, zergliedern das juristische Verhältniss, wägen ab und entscheiden —, damit erschöpft sich ihre Thätigkeit. Die ideellen Subjecte waren ihnen bekannt, und doch haben sie meines Wissens nicht expressis verbis den Satz formulirt, dass es neben den natürlichen noch juristische Personen gebe, wie denn z. B. Gaius diese Art personae nicht in seinen Commentarien aufführt. Nur aus gelegentlichen Aeusserungen geht hervor, dass sie den Begriff kannten. Diese aber sind so wenig bestimmt und einheitlich gefasst, dass sie den verschiedensten Theorien zur Grundlage dienen können. Puchta stützt seine Fiktion auf l. 1 pr. D. 1, 8 <sup>68b</sup>), andere berufen sich dafür, dass keine Fiction vorliege, sondern nur eine practisch gleiche Behandlung eintrete, auf l. 22 D. 46, 1 und § 2 I. 2, 14 <sup>68c</sup>). Jedenfalls haben die Römer so gut ideelle Objecte wie Subjecte anerkannt, sie haben eine rechtliche Verfügung über universitates iuris, über ein pignus, sie haben einen usufructus an einer Forderung zugelassen <sup>69</sup>). Dass der von Exner auf Grund obiger Argumentation gewonnene Begriff des Pfandrechts nicht ausreichend ist, hat Windscheid gezeigt <sup>70</sup>). Andere, welche diese Unzulänglichkeit fühlen mochten, haben wenigstens

---

habe bei dem Auspruch in der l. 2. D. 1, 5: *Hominum causa omne ius constitutum est* der Gegensatz vorgeschwebt, *non personarum causa*.

68a) Bruns in von Holtzendorff's Encyclopädie, p. 107 ff.

68b) Institutionen, II. p. 6.

68c) Ueber die historische Entwicklung dieser Anschauung nach einer Seite hin vgl. Puchta, Institutionen, II. p. 9 Note q. Cfr. Bruns in von Holtzendorff's Encyclopädie, p. 358.

69) Im deutschen Rechte gilt als ideelles Object das sog. geistige Eigenthum, unter dem natürlich kein wirkliches Eigenthum zu verstehen ist, v. Gerber, Privatrecht, p. 595 Note 2. Unklar Kowalzig, Das reichsgesetzliche Urheberrecht an Schriftwerken, Berlin 1877, p. 1 und 2.

70) Windscheid, I. p. 732 in der Note.



für das Sachenpfandrecht das körperliche Object zu retten gesucht. So namentlich Dernburg.

Dieser Autor <sup>71)</sup> behauptet, der Emphyteuta habe das Verkaufsrecht der Sache auf den Pfandgläubiger übertragen, dennoch soll letzterer durch den Pfandverkauf bloss emphyteutisches Recht verleihen. Liegt hierin nicht eine weite Umschreibung für den einfachen Gedanken: der Creditor hat das Verkaufsrecht des emphyteutischen Rechts? <sup>72)</sup> Ueberhaupt aber wird doch stets nur das Recht, nicht die Sache verkauft. Mit vollem Recht bemerkt daher Sohm: „der Gegenstand des Pfandrechts ist immer ein Recht“ <sup>73)</sup>. Daher haben sich auch die namhaftesten Rechtslehrer gegen Exner erklärt, z. B. Windscheid, Sohm, Bremer, Bruns, Pfaff, Hartmann <sup>74) 75)</sup>.

Es erübrigt zu untersuchen, welcher Character dem Pfandrecht durch seinen Gegenstand aufgeprägt wird. Zur Zeit der klassischen Jurisprudenz waren in Rom folgende Rechte verpfändbar:

1. Das *Eigenthum*. In diesem Falle erscheint das Verkaufsrecht als ein dingliches Recht. Denn wenn auch zunächst das Recht unterworfen ist, so erstreckt sich die Herrschaft doch durch dasselbe auf die Sache.

Jener Ausdruck besagt ja nur in „welcher Wirkung“, in „welcher Art und Beziehung“ <sup>76)</sup> die Sache unterthänig gemacht ist. Sind Geldstücke verpfändet, so fällt natürlich

---

71) Dernburg, I. p. 220, 221 ff.; s. auch II. p. 171, 201.

72) Dafür, dass das Pfandrecht an der Emphyteuse ein Recht am Rechte sei, haben sich ausgesprochen, Sohm, p. 33 ff., Bremer, p. 40, Windscheid, I. p. 728 Note 3.; cfr. Bruns in von Holtzendorff's Encyclopädie, p. 401.

73) Sohm, p. 74.

74) Hartmann, p. 26.

75) Weil eben das Pfandrecht am Rechte haftet, desshalb ist auch wohl ein *pignus pignoris* möglich, während eine *servitus servitutis* schlechthin undenkbar ist. Ueber den Begriff des Rechts am Rechte cfr. Windscheid, I. p. 121; Bremer, p. 37 und 84.

76) Hartmann, p. 26.



der Verkauf weg; das Verkaufsrecht erweitert sich zur allgemeinen Herrschaft, der Verpfänder wird Eigenthümer<sup>77)</sup>. Es liegt ein sog. *pignus irregulare* vor<sup>78)</sup>.

2. Die *Emphyteuse*. Auch hier ergreift das Pfandrecht durch das verpfändete Mutterrecht des *Emphyteuta* hindurch das Grundstück mit dinglicher Kraft<sup>79)</sup>. Das Pfandrecht reicht so weit wie das Mutterrecht, daher kann auch der Creditor durch den Pfandverkauf, wie bemerkt, bloss *emphyteutisches* Recht übertragen<sup>80)</sup>.

3. Die *Superficies*. Hier gilt in analoger Anwendung das über die *Emphyteuse* Gesagte.

4. Das Pfandrecht. Insofern die Afterverpfändung ein ideelles Object ergreift, kann man das *subpignus* kein dingliches Recht nennen. Die eigenthümliche Schwierigkeit, welche dieselbe der juristischen Construction auf den ersten Blick dadurch entgegenzusetzen scheint, dass sie dem Afterpfandgläubiger nicht das Recht gewährt, das verpfändete Pfandrecht zu verkaufen, sondern vielmehr die Befugniss verleiht, das vom ersten Pfandschuldner verpfändete Recht durch den Pfandverkauf zu übertragen, dürfte bei genauerer Betrachtung schwinden. Das Wesen des Rechts am Rechte besteht ja eben in der Befugniss, das fremde Recht als eigenes Recht ausüben zu dürfen<sup>81)</sup>. Hat nun der erste

---

77) Windscheid, I. p. 727 Note 2.

78) Dernburg, I. p. 429.

79) Hartmann, p. 27.

80) cfr. noch Dernburg, II. p. 201. In dieser Weise wird auch die Verpfändung eines Lehnrechts zu construiren sein; kommt es zum Pfandverkauf, so entsteht auch hier für den Käufer in der Regel wieder Lehnrecht, cfr. Dernburg, I. p. 226.

81) Dernburg, I. p. 477. Mit Unrecht behauptet daher Bremer „Die Verpfändung eines Pfandrechts wäre nur dann undenkbar, wenn der Inhalt des Pfandrechts wesentlich in der Befugniss bestände, das Pfandobject zu veräussern“ (p. 56 g. E. l. c.).



Pfandschuldner eine körperliche Sache zum Pfande gegeben, so dürfte vielleicht der Schluss gerechtfertigt sein, dass der Afterpfandgläubiger durch das fremde Pfandrecht hindurch eine dingliche Herrschaft am Pfandobject erhält. Diese Auffassung möchte immerhin der römischen Ausdrucksweise „rem pignoratam pignori dare“<sup>82)</sup> entsprechend sein.

Auch der Afterpfandgläubiger kann sein Pfandrecht wieder verpfänden<sup>83)</sup>. Die vielventilirte Streitfrage, warum dem Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Schuldobject der ersten pfandrehtlich versicherten Forderung zufällt, kann hier nicht erörtert werden.

Die gegebene Construction passt natürlich nicht, wenn das weiter verpfändete Pfandobject ein Forderungsrecht war. Dieser Fall wird unten berücksichtigt werden<sup>84)</sup>.

5. Die Servituten. Da dieselben unveräusserlich sind, so kann an ihnen auch kein Verkaufsrecht vergeben werden. Die Verpfändung einer bestehenden Servitut ist daher ungültig. Nur der Niessbrauch, welcher der Ausübung nach veräussert werden kann, macht eine Ausnahme. Ist die Forderung fällig, der Schuldner säumig, so hat der Pfandgläubiger, welchem die Ausübung eines ususfructus verpfändet ist, das Recht, dieselbe unter Einhaltung der gewöhnlichen Formalitäten zu verkaufen: „der Käufer erwirbt ein dingliches Recht auf Ausübung des fremden Niessbrauchs“<sup>85)</sup>. Auch hier wird die Sache durch das verpfändete Recht hindurch ergriffen, auch hier wird daher das Pfandrecht als

---

82) l. 13 § 2 D. 20, 1; Dernburg, I. p. 476.

83) Dernburg, I. p. 484.

84) Ueber die Verkaufsbefugniss des Afterpfandgläubigers mögen noch folgende Stellen angemerkt werden: l. 1 § 2 C. 8, 23; Bremer, p. 66; Sohm, Lehre vom subpignus, p. 84. „Das Afterpfandrecht wendet die Kräfte des ihm unterworfenen Rechts zu seinen Zwecken.“

85) Dernburg, I. 486.



ein dingliches Recht characterisirt werden müssen. Was die übrigen Servituten <sup>86)</sup> angeht, so können sie auch in der Weise verpfändet werden, dass der Pfandgläubiger pfandweise das Recht erhält, anstatt des Eigenthümers dieselben an Dritte auf dem Wege des Verkaufs zu bestellen. Der Eigenthümer hat in diesem Falle ein Stück seiner Befugnisse, welches formell noch nicht für sich besteht, aber materiell doch schon in der Machtfülle des Eigenthums vorhanden ist, einem fremden Rechte dienstbar gemacht. Mag man nun mit Büchel einen einstweilen noch bloss factischen oder mit Dernburg einen schon reellen Bestand der Servitut annehmen, so ist doch jedenfalls soviel unzweifelhaft, dass das Grundstück in einer Beziehung unmittelbar, ohne einen dazwischenstehenden Willen einer Privatperson, einem fremden Recht unterworfen ist, welches daher sich als ein dingliches characterisirt.

Es kam aber in Rom noch eine andere Art Servitutenverpfändung in Gebrauch. Die Dienstbarkeit wurde dem Gläubiger bestellt, er „erhielt der Verpfändung wegen ein noch nicht zustehendes Recht“ <sup>87)</sup>, dessen Ertrag er „bald mit den Zinsen compensirte, bald schlechthin auf sie aufrechnete“ <sup>88)</sup>. Von einer Veräusserung ist natürlich keine Rede. Diese Erscheinung widerspricht dem bisher gewonnenen Begriff geradezu, sie spottet jeder Bemühung, einen Einklang zwischen ihr und dem aus der vorhergehenden Erörterung gezogenen Resultate herzustellen. Sie wird am besten durch

---

86) Es versteht sich, dass auch ein Niessbrauch so verpfändet werden kann. Nach l. 11 § 3 D. 20, 1 war jedoch die Verpfändung von Urbanalservituten nicht statthaft. Manche finden freilich in dieser Stelle nur die Unmöglichkeit eines vorläufigen antichretischen Quasi-besitzes ausgesprochen.

87) Dernburg, I. p. 491.

88) Ibidem, I. p. 494.



die Worte Dernburg's<sup>89)</sup> gekennzeichnet: „dass es ein Pfandrecht im weiteren Sinne gibt, welches sich durch seinen Zweck characterisirt, welches ähnlich der Schenkung, der Dotalbestellung, ein allgemeiner Character ist, den Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art annehmen können.“ So erhielt der Gläubiger bei der fiducia Eigenthum um des Schutzes einer Forderung willen und war also Eigenthümer und Pfandgläubiger zugleich. Eben dieser Doppelcharacter kommt auch dem Servitutberechtigten in dem obigen Falle zu<sup>90)</sup>. Als ein Rechtsgeschäft dieser Art erscheint namentlich die Antichrese, welche keineswegs blosses Sicherungsgeschäft ist<sup>91)</sup>. Sie ist ein Innominatcontract, ähnlich dem Tauschvertrage<sup>92)</sup>, daher sie auch wegen laesio enormis angefochten werden kann, nach einer weit verbreiteten Praxis wenigstens. In die Reihe dieser Institute ist endlich die potestas zu stellen, welche der Loskäufer eines Kriegsgefangenen erhielt, bis er wegen des Lösegeldes befriedigt wurde<sup>93)</sup>.

In allen diesen Fällen tritt das Pfandrecht nicht als eigenes Recht auf, sondern als eine Art causa, welche fremden Rechtsinstituten ein besonderes Gepräge aufdrückt. Die Unterscheidung eines Pfandrechts in weiterem und engerem Sinne dürfte daher gerechtfertigt sein<sup>94)</sup>.

Eben desshalb wird aber das Ergebniss der bisherigen

---

89) Ibidem, I. p. 96.

90) Ueber das ähnliche feudum pignoratitium s. v. Gerber, l. c. p. 297, 15.

91) Auch Bremer erkennt an, dass die Antichrese über das eigentliche Pfandrecht hinausgeht (p. 48).

92) Dernburg, II. 92.

93) Puchta, Institutionen, II. p. 96, 3. Dernburg, I. p. 427 Note 22.

94) Dieser Gegensatz darf nicht mit dem von der früheren Theorie aufgestellten eines „eigentlichen“ und „uneigentlichen“ Pfandrechts verwechselt werden. Bremer, p. 11 ff.



Erörterungen durch die in Rede stehenden Erscheinungen nicht erschüttert.

6. Die Forderung. War eine Forderung verpfändet, so erhielt das Verkaufsrecht<sup>95)</sup> eine eigenthümliche Erweiterung. Der Pfandgläubiger bekam das Recht der Denunciation an den Forderungspfandschuldner, ja die Befugniss, die verpfändete Forderung einzuziehen, eventuell einzuklagen, und dann, wenn sie auf Geld ging, dieses *secum pensare*, wenn auf andere Sachen, dieselben *pignoris loco* zu behalten<sup>96)</sup>. Aus welchen Gründen das gewöhnliche Recht in diesem Falle über die normalen Grenzen ausgedehnt wurde, ob darum, weil der Verkauf der Forderungen oft schwer ist, die Forderung manchmal zu früh fällig wird, — alle diese Fragen interessiren hier nicht.

Gewiss ist, dass das Pfandrecht hier bloss an einem ideellen Object haftet; ein dinglicher Character kann ihm daher unmöglich zugesprochen werden<sup>97, 97a)</sup>.

Mit diesem Ergebniss offenbart sich, dass der durch die bisherige Erörterung gewonnene Begriff, demgemäss das Pfandrecht als ein dingliches Verkaufsrecht zu bezeichnen wäre, nicht erschöpfend ist<sup>98)</sup>.

Dennoch dürfte derselbe festzuhalten sein. Der Niessbrauch, welcher ja dem Pfandrecht in so mancher Beziehung

---

95) Exner erkennt dasselbe gemäss der l. 15 § 10 D. 42, 1 nur für gerichtlich ausgepfändete Forderungen an.

96) Uebrigens gewinnt der Creditor ein Recht an der ganzen Forderung, was z. B. im Concourse recht practisch hervortritt, Dernburg, I. p. 466. Auch dieser Umstand dürfte gegen die Behauptung sprechen, dass das Pfandrecht als ein Werthrecht zu begreifen sei.

97) Dernburg, I. p. 473.

97a) Das Gleiche gilt vom Afterpfand an einer Pfandforderung.

98) Die Verpfändung von Rechten an ideellen Objecten ist im neueren Recht weiter ausgebildet worden, Dernburg, I. p. 498 ff.



verwandt ist<sup>99)</sup>, wurde durch ein S. C. in der Kaiserzeit auf Rechte ausgedehnt. Kurze Zeit vorher war die Verpfändung von Forderungen in Rom üblich geworden. Der Begriff des ususfructus der römischen Jurisprudenz hat durch jene Ausdehnung keine Umwandlung erfahren. Stets bestimmte man denselben vom Normalfalle, dem Niessbrauch an einer körperlichen Sache aus. So verfährt auch die neuere Theorie. Warum soll man nicht beim Pfandrecht denselben Weg einschlagen? Einige neuere Schriftsteller haben vergeblich versucht, einen einheitlichen, umfassenden Begriff für dasselbe aufzufinden<sup>100)</sup>. Noch scheint es daher geboten, die Dinglichkeit für ein Characteristicum des Hypothekenrechts zu erklären<sup>101)</sup>.

### § 3.

## DAS VERHÄLTNISS VON PFANDRECHT UND EIGENTHUM.

Die vorstehende Untersuchung hat das Ergebniss geliefert, dass das Pfandrecht nach Inhalt und Umfang als ein dingliches Verkaufsrecht zu bezeichnen ist. Die Sache ist in ihrer Eigenschaft als Veräusserungsobject dem Pfandnehmer unterworfen. „Wir sind befugt“, sagt Dernburg<sup>102)</sup>, „das Veräusserungsrecht als juristische Qualität der Sachen zu bezeichnen“<sup>103)</sup>. Insoweit richtet sich die Herrschaft des Creditor unmittelbar gegen die Sache. Keine privatrechtliche Herrschaft steht mehr zwischen dem Object und dem Berech-

---

99) Dernburg, I. p. 129 ff.

100) Namentlich Bremer, Sohm und Exner.

101) Dernburg, I. p. 96 ff. und p. 485 ff.

102) Dernburg, I. p. 122.

103) Mit Unrecht verwirft Bremer diese Ansicht, p. 50.



tigten, und insofern mögen die Römer sagen: „res obligata est“<sup>104</sup>).

Dem Pfandgläubiger kommt nun zwar keine unumschränkte Veräußerungsbefugnis zu; er hat sie bloss in der Richtung des Verkaufes; legiren, verschenken kann er das Pfandobject nicht. Allein da das Verkaufsrecht die ganze Sache ergreift, da jede Verfügungsgewalt, welcher Art sie auch sei, in solidum an der ganzen Sache wirksam bloss einer Person zustehen kann, so wird durch die Verpfändung die rechtliche Dispositionsmacht des Verpfänders in ihrer ganzen Breite getroffen. Nicht einmal eine Servitut kann er mehr erlassen<sup>105</sup>); dem verpfändenden Miteigenthümer ist die Fähigkeit entzogen, ein Theilungsverfahren einzuleiten<sup>106</sup>). Man muss daher materiell das ganze Veräußerungsrecht dem Pfandnehmer zusprechen, wenn derselbe auch nur nach einer bestimmten Richtung hin davon Gebrauch machen darf<sup>107</sup>).

Desshalb muss auch nothwendig jedwede Zustimmung des Pfandgläubigers zu irgendwelcher Veräußerung durch

---

104) Darüber, dass dieser Ausdruck sich auch bei der Emphyteuse findet, s. Dernburg, I. p. 119. Die häufige Verwendung desselben für das Pfandrecht mag daherrühren, weil letzteres einen mehr ideellen, „potenz. artigen“ Character hat.

105) Dernburg, II. p. 395.

106) Dernburg, II. p. 393 ff.

107) Dass der Verpfänder dennoch veräußern darf, steht unserer Auffassung nicht entgegen, kann man doch eine res debita verkaufen. Ein wirksames Eigenthum überträgt eben der verkaufende Verpfänder nicht, sondern bloss die „res“, oder wie der Kaiser Diocletian im Unterschiede von dem schärfer redenden Juristen Paulus sagt: „dominium cum sua causa“, l. 18 § 2 D. 13, 7 und l. 12 C. 8, 27. Jedenfalls ist es sehr bezeichnend, dass die Römer in der Veräußerung einer speziell verpfändeten Sache ganz allgemein ein furtum erblickten, nicht bloss etwa im Fall des Faustpfands ein furtum possessionis. „Ins Allgemeine hin“ mag man immerhin dem Verpfänder die Veräußerungsbefugnis zugestehen (Hartmann, p. 75), eine practische Kraft aber ist ihr entzogen, so lange das Pfandrecht auf der Sache lastet.



den Schuldner nothwendig letzteren wieder freiesten Spielraum gewähren. Ob ihm der Verkauf oder die Verschenkung gestattet wird, erscheint von diesem Gesichtspunkt aus gleichgültig; immer hat der Creditor unbedingt seinem Recht entsagt, vorausgesetzt nur, dass der Verzichtwille nicht bedingt war. So erklärt sich ungezwungen die Entscheidung Marcian's in l. 8 § 13 D. 20, 6<sup>108)</sup>.

Hier drängt sich die Frage auf: Ist das dingliche Veräußerungsrecht, also das Pfandrecht, nicht so gut wie das Benutzungsrecht in einem Rechte enthalten, welches die „schrackenlose“ Herrschaft über eine Sache gewährt? Muss daher nicht der Satz aufgestellt werden, dass sowenig der Eigenthümer eine Dienstbarkeit an seiner Sache haben kann, so wenig ein Pfandrecht für ihn an derselben bestehen kann? Die Regel: „nulli res sua servit“ führt folgerecht zu der anderen: „pignus rei suae consistere non potest“.

Gewöhnlich definirt man das Eigenthum als „die vollkommene Herrschaft über eine körperliche Sache, welche dem Berechtigten jede Verfügungsmacht ohne innere Schranke zu Gebote stellt“<sup>110)</sup> oder<sup>111)</sup> als „das seinem Grundbegriff nach einem Subject zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache,“ als einerseits „die umfassendste Befugniß“, andererseits „die vielfältigste Macht“<sup>112)</sup> oder als die „totale rechtliche Macht“<sup>113)</sup>; noch schärfer spricht sich von Jungenfeldt<sup>114)</sup> aus: „Unter Eigenthum versteht man

---

108) Dernburg, II. p. 555.

109) Windscheid, I. p. 514.

110) Dernburg, I. p. 272. Diesen Begriff nimmt auch Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers an, cfr. p. 16.

111) Arndts, Pandecten, p. 169.

112) Brinz, Pandecten, p. 183.

113) Puchta, Institutionen, II. p. 162.

114) von Jungenfeldt, p. 4.



dasjenige dingliche Recht, das seiner Natur nach eine körperliche Sache der unbeschränkten Willkür des Berechtigten unterwirft.“ Ganz consequent leugnen denn auch diese Schriftsteller die Möglichkeit eines Pfandrechts an der eigenen Sache. So sagt von Jungenfeldt <sup>115)</sup>: „Uebrigens würde, wenn wirklich ein Nachtheil durch Confusion entstünde, daraus nicht gefolgert werden dürfen, dass im solchen Fall keine Confusion eintrete, wenn sonst die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorhanden sind.“

Diese Prämisse und diese Folgerung geniessen so grosse Autorität, dass die meisten Schriftsteller <sup>116)</sup>, welche über das Pfandrecht an eigener Sache geschrieben haben, dieselbe nur gelegentlich als etwas Selbstverständliches, keiner Prüfung Bedürftiges erwähnen.

Die Unhaltbarkeit des Begriffes, welcher das Eigenthum als die unbeschränkte und unbeschränkbare Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache hinstellt, ist namentlich von Hartmann <sup>117)</sup> neuerdings überzeugend nachgewiesen. Man kann dasselbe nur als die allgemeine Herrschaft kennzeichnen, welche die besondere von selber in sich schliesst, oder als die oberste <sup>118)</sup> Herrschaft oder als das *sum esse*, die *Proprietät* <sup>119)</sup>. Sonst würde ja jede Beschränkung seinen Begriff aufheben. Und doch kann das Eigenthum als Rechtsanstalt nur „in einer dasselbe anerkennenden Rechtsgemeinschaft“ gedacht werden. „Dadurch ist es von vornherein als ein Moment seines Begriffes bedingt, dass an den zwingenden

---

115) Derselbe, p. 22.

116) Bachofen, p. 89 und 93; Büchel, p. 199; Fritz, p. 593; Schollmeyer, p. 40, und Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, p. 6.

117) Hartmann, p. 4 ff., 73 ff.

118) Derselbe, p. 68 und 74.

119) Rudorff zu Puchta's Institutionen, Bd. II. p. 162 Note a.



Interessen dieser anerkennenden Gemeinschaft die Individualmacht ihre Grenzen finden muss“<sup>120)</sup>. Sonst könnte auch von einer Geschichte des Eigenthums keine Rede sein.

Hartmann hat seine Definition auf den Nachweis gestützt, dass die römischen Juristen eine Erweiterung des Machtinhalts, welchen das Eigenthum zu Gebote stellt, durch ein hinzutretendes Recht für möglich erachten. Mit der Frage, welcher Steigerung das bloss quiritarische Eigenthum fähig ist, hat er sich eingehend beschäftigt<sup>121)</sup>. Aber auch das Volleigenthum verträgt besondere dingliche Berechtigungen, es duldet Dienstbarkeiten neben sich<sup>122)</sup>.

Wenn z. B. auf einem Hause eine servitus altius non tollendi haftet, so kann der Eigenthümer entgegengesetzte Berechtigungen erwerben, welche die ursprüngliche Freiheit nur zu einem Theil wiederherstellen, also die fremde Dienstbarkeit nicht geradezu aufheben; dieselben gestatten dann dem Eigenthümer ein altius tollere auf eigenem Boden. Windscheid und Andere haben dieselben zwar für Ausnahmsrecht von beschränkenden Baugesetzen erklärt, allein in

---

120) Hartmann, p. 68. Recht augenscheinlich offenbart sich dieser Gedanke in den Beschränkungen, welchen das römische Recht das Eigenthum an Slaven in mannigfaltigster Weise unterwarf, cfr. Puchta, Institutionen Bd. II. p. 83, ferner auch daselbst, p. 168 ff.

121) Hartmann, p. 10 ff.

122) Derselbe, p. 32 ff. In dieser Weise fasst auch Puchta, Institutionen, p. 279, die in Rede stehende servitus altius tollendi auf, nämlich „als eine entgegengesetzte Servitut, welche die fremde beschränkt. „Die Klage daraus ist nicht die Negatoria, sondern die Confessoria. Wie stimmt hierzu die Bemerkung desselben Rechtslehrers, welche das Pfandrecht an eigener Sache für einen monströsen Begriff erklärt? Pandecten, p. 310 Note 1. Institutionen, p. 266. cfr. l. 37 D. 41, 2. Diese Bestimmung erscheint Dernburg, II. p. 79, der sich für das römische Recht wenigstens — so sehr gegen die Annahme eines Pfandrechts an der eigenen Sache ereifert, so wenig merkwürdig, dass er die Frage, ob ein solcher Vertrag mit den allgemeinen Principien des Sachenrechts vereinbar sei, gar nicht einmal aufwirft.



den Pandecten findet sich keine Spur von solchen Baugesetzen, und bei manchen der in den Quellen aufgeführten Servituten dieser Art sind sie sehr unwahrscheinlich, z. B. beim stillicidium. Doch auch in diesem Falle wäre eine Dienstbarkeit vorhanden, die dingliche Macht des Eigenthümers über die ordentlichen Grenzen erweitert.

Hier mag hinzugefügt werden, dass die Quellen in ähnlicher Weise dem Eigenthümer die Fähigkeit nicht verschliessen, an der eigenen Sache eine obligatorische Herrschaft zu erwerben. So kann der Verpfänder seine eigene Sache vom Faustpfandnehmer precario sich erbitten, er kann sie miethen. Dennoch heisst es in l. 45 D. 50, 17: „Neque precarium neque locatio rei suae consistere potest“. Sollen nicht auch die Sätze: nulli res sua servit, pignus rei suae consistere non potest, welche man gewöhnlich für unumstössliche Axiome<sup>124)</sup> ausgibt, als blosser Regel bezeichnet werden müssen?

Man könnte einwenden, dass in allen Fällen, in welchen die Macht des Eigenthümers erweitert wird, das beschränkte hinzutretende Recht seine besondere Existenz verlieren müsse, sobald dasselbe einen dinglichen Character habe. Die oben erwähnten Servituten seien daher praktisch nur als Eigenthumsrechte, nicht als Servituten zu behandeln. Denn wenn das Eigenthum sich als allgemeine dingliche Herrschaft darstelle, so müsse nothwendig jede besondere dingliche von ihr absorbirt werden!

Diese Argumentation besticht auf den ersten Blick. Für die Regel wird freilich, da die beschränkteren dinglichen Rechte ihren substantiellen Gehalt aus demjenigen des volleren Rechts entlehnen, der Wegfall jener angenommen werden

---

124) Buchka, p. 10 und p. 16.



müssen, sobald sie mit letzteren in einer Hand zusammen-treffen. Wird doch auch ihre Fortdauer meist durch kein begründetes Interesse gefordert. Insofern mag man immerhin sagen: Es gibt kein Pfandrecht an der eigenen Sache.

Stets aber würde man dem obigen Einwand Folge geben müssen, wenn man die Auffassung Windscheid's <sup>125)</sup> vom Pfandrecht theilte. Derselbe characterisirt es so: „dem Pfandgläubiger ist kein Recht am Rechte gewährt, — er ist in das verpfändete Recht aufgenommen, desselben in gewissem Umfange theilhaftig gemacht worden.“ Hiergegen aber lässt sich Folgendes einwerfen. Das Pfandrecht bietet zwei Seiten der Betrachtung dar. Es ist aus dem alten Recht hervorgegangen und insofern erscheint es als ein Theil desselben. Dann aber tritt es doch in der Hand des creditor als ein neues Recht hervor, das über jenes alte Recht gesetzt ist, mit der Macht ausgerüstet, das Mutterrecht gleichsam zu vernichten. Man kann also das Pfandrecht von seiner Herkunft aus, man kann es aber nach seiner eigenen Bedeutung kennzeichnen. Will man ihm eine systematische Stellung zuweisen, so wird man nicht zweifelhaft sein, der letzteren Anschauungsweise den Vorzug zu geben, und demzufolge das Pfandrecht als ein Recht am Recht bezeichnen. Denn als Theil des alten Rechts kann es für sich nicht mehr gelten, da eine qualitative Spaltung eines Rechts nicht möglich ist. Consequent müsste Windscheid daher das Eigenthum nicht für ein einheitliches Recht erklären, sondern für eine „blosse Summe, ein äusserliches Aggregat beliebiger Verfügungsbefugnisse, von denen sich durch Privatwillkür unbeschadet seines Wesens einzelne schlechthin wegnehmen, herüber- und hinüberwerfen <sup>126)</sup> liessen.“

---

125) Windscheid, I. p. 732 in der Note.

126) Hartmann, p. 11. Auch Dernburg erblickt in der Pfandbe-



Die Confusion beruht auf einem rein formalen Principe. Ein Recht, welches schon aus einem Grunde zusteht, braucht und kann im Allgemeinen nicht durch einen anderen Titel gegeben werden.

Die nothwendige Folge ist dann, dass das intensivere Recht das minder intensive absorbirt. Findet aber diese Deckung stets statt, wenn sich das allgemeine und das besondere Recht in einer Hand vereinigen? Wenn der Eigenthümer, welcher das Veräusserungsrecht weggegeben hat, dasselbe wiedergewinnt zu dem alten, inzwischen unversehrt gebliebenen Eigenthumsrecht, so würde es unnütz sein, noch fernerhin zwischen Pfandrecht und Eigenthum zu unterscheiden.

Gesetzt aber, der Eigenthümer hat unterdess weiter verpfändet, erhält dann die erste Hypothek cedirt, so würde, wenn man ebenso wie vorhin entscheiden wollte, der Nachhypothekar an die erste Stelle rücken. Er erhielte einen Gewinn, auf welchen er offenbar keinen begründeten Anspruch hätte. So wenigstens würde man vom Standpunkt der Billigkeit aus urtheilen müssen. Denn das ist doch ausser Zweifel, der Eigenthümer hat als solcher aus seinem allgemeinen dinglichen Recht keinen Schutz gegen den Pfandgläubiger, dessen Verfügungsgewalt er dasselbe ja unterworfen hat.

Hier setzt nun die vorausgeschickte Erörterung ein. Das besondere dingliche Recht unterscheidet sich vom allgemeinen wesentlich dadurch, dass es stets einem bestimmten specifischen Zweck dient, der ihm die Richtung gibt, der seinen Inhalt und Umfang noch besonders begrenzt<sup>127)</sup>.

---

stellung „die Creirung einer bisher noch nicht existirenden Rechtsbefugniss“. Die gleiche Anschauung macht er für die Servitutbestellung geltend, cfr. I. p. 127.

127) Hartmann, p. 77.



Gewinnt also der Eigenthümer, welcher die Dispositionsgewalt über sein Recht zum zweiten Mal veräussert oder derweil ein sonstiges dingliches Recht auf einen Anderen übertragen hat, ein Pfandrecht, so bekommt er nur eine „begrenzte“ Veräusserungsbefugniss<sup>128)</sup>. Er erwirbt nicht die Fähigkeit, so frei zu veräussern wie ein Eigenthümer. Da ihm aber die letztere aus dem allgemeinen Rechte her nicht mehr vollwirksam zusteht, so ist von dieser Seite kein Grund zur Confusion vorhanden. Da aber überdies das Eigenthum als ein einheitliches Recht betrachtet werden muss, so widerstreitet es seinem Begriffe, eine partielle Consolidation anzunehmen<sup>129)</sup>.

So ergibt sich denn aus allgemeinen Gründen die Verträglichkeit von Pfandrecht und Eigenthum<sup>130)</sup>.

Eine analoge Construction greift Platz für den Fall, dass Eigenthum und Nachhypothek zusammentreffen.

Endlich ist zu erwägen, dass die Eigenthumsmacht über

---

128) cfr. auch von Ihering, l. c. p. 453 und 454: Die Deckung zwischen Pfandrecht und Eigenthum ist keine vollständige, weil neben dem Pfandgläubiger Eigenthümer noch andere Pfandgläubiger stehen.

129) Hartmann, p. 11 und p. 20. Aehnlich construirt Muther, l. c. p. 819. Nachdem er hervorgehoben hat, dass der Eigenthümer sich nur kraft Pfandrechts den Hypothekargläubigern gegenüber im Besitz zu erhalten vermag, argumentirt er so, wenn ich ihn recht verstehe, indem er von dem Begriff des Werthrechts ausgeht. Auf einer Sache von 10,000 Werth lasten zwei Hypotheken von 3000 und 2000; dies lässt sich in der Formel 10,000—3000—2000 darstellen. Vereinigt sich die eine Hypothek mit dem Eigenthum, so ist klar, dass definitiv nur 5000 und 3000 zusammentreffen. Der volle Eigenthumswerth ist nicht wieder in die Hände des Eigenthümers gelangt. Da nun der Kaufpreis hinter dem wahren Sachwerth zurückbleiben kann, so ist überdies die Reihenfolge der Werthrechte wichtig. „Daher geht das Pfandrecht nicht im Eigenthum auf.“

130) Die oben erwähnte servitus altius tollendi muss desshalb auch formell für eine wirkliche Servitut angesehen werden. Dies ist auch die Meinung Hartmanns, Boecking's und, wie erwähnt, auch Puchta's, Ihering's, p. 450 l. c., ferner p. 456 über l. 31 D. 8,3; anderer Ansicht Buchka, p. 27.

Kuhlmann, Hypothek.



die generellen Grenzen hinaus, welche derselben vom historischen Recht durch positive Vorschrift gezogen sind, der Erweiterung durch eine besondere dingliche Berechtigung fähig ist. Für die Servituten ist diese Möglichkeit wohl allgemein anerkannt. Was das Pfandrecht angeht, so ist mir keine bezügliche Aeusserung eines Rechtslehrers oder Schriftstellers bekannt. Gesetzt aber, ein Fiduciar oder ein Pupill erwirbt ein Pfandrecht an einem eigenen Grundstück, es bietet sich eine günstige Verkaufsgelegenheit und der Vormund, welcher dem Mündel verpfändete Sachen ohne decretum alienandi verkaufen darf<sup>131)</sup>, macht sich dieselbe zu Nutzen. Soll man die Veräusserung für ungültig erklären müssen? Die Quellen geben keine Entscheidung.

Wie weit man aber auch begrenzte dingliche Rechte dieser Gestalt anerkennen mag, jedenfalls muss man ihnen eine eigene, gesonderte, selbständige Existenz zugestehen, muss man sie für Servituten, resp. Pfandrechte an der eigenen Sache erklären.

In schroffem Gegensatze zu der vorgetragenen Meinung stellt Hartmann<sup>132)</sup> eine dritte Categorie von Rechten, die eine beschränkte dingliche Befugniss an der eigenen Sache ertheilten, auf. Dieselbe Befugniss, sagt er, könne uns aus mehrfachem Rechtsgrunde zustehen; ein theilweises Ruhen oder ein vollständiger Untergang sei durch nichts veranlasst. Die beiden Rechte könnten „friedlich und unbeschränkt“ neben einander fortdauern und dieser Fortbestand oft von Nutzen sein. Wenn man auch die schwerlich gewollte Anwendung dieser Ansicht auf Rechtsgeschäfte ab-

---

131) cfr. l. 5 § 3 D. 27,9.

132) Hartmann, p. 30, 33, 53, 54 und 78. Eine quellenmässige Unterstützung seiner Behauptung findet er in der l. 30 D. 8, 2.



lehnt, so mag ihr dennoch bisweilen practische Bedeutung zukommen.

Bachofen behauptet p. 89: „Der Eigenthümer, dem von einem bonae fidei possessor ein Pfandrecht an seiner Sache bestellt sei, könne sich der publicianischen Pfandklage bedienen.“ Es mag sein, dass es demselben oft leichter fällt, das in bonis habere des Verpfänders als sein Eigenthum zu erweisen. Wenn nun der Beklagte den Beweis erbringt, dass Kläger Eigenthümer sei, soll man letzteren abweisen? Dass Hartmann's Behauptungen in diesem Sinne zu verstehen sind, zeigt seine Bemerkung auf p. 78: „Es wird die auf der Schwierigkeit des erforderlichen Beweises beruhende Unvollkommenheit und Hülfslosigkeit des Eigenthums die Zuflucht zu dem beschränkten ius in re propria hervorrufen.“

Sie ist aber auch in dieser Beschränkung für das römische Recht meines Wissens neu. Ich erwähne sie nur der Vollständigkeit halber, ohne mich einer Prüfung ihrer Richtigkeit zu unterfangen <sup>133</sup>).

Zum Schluss sei noch bemerkt, dass die neueren Schriftsteller, welche ein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkennen, fast sämmtlich dem Pfandgläubiger-Eigenthümer das Verkaufsrecht absprechen. Wäre ihre Ansicht richtig, so müsste die hier aufgestellte Definition des Pfandrechts falsch oder das Pfandrecht an der eigenen Sache ein höchst

---

133) Die formale Natur der Confusion mag noch durch ein Beispiel aus dem Obligationsrechte beleuchtet werden. Wenn Forderungspfandrecht und Pfandschuld in einer Hand zusammentreffen, so dauert nach der gewiss zu billigenden Meinung Bremer's (p. 157) und Windscheid's (I. p. 782 Note 12a) das Pfandrecht fort. A. A. Dernburg, I. p. 474. Ueber Vereinigung von Pfandrecht und Pfandforderung cfr. Windscheid, I. p. 814 Note 31, und Bremer, p. 147. Letzterer entscheidet sich für Untergang des Pfandrechts, während ersterer denselben nur in der Regel eintreten lässt. Dernburg behandelt diesen Fall nicht.



unvollkommenes Recht sein. Allein dieselbe wird nicht durch die Quellen unterstützt, welche uns hier im Stich lassen; sie ist daher rein willkürlich und wohl bloss eine Folge<sup>134)</sup> der Anschauung, welche im Pfandrecht wesentlich das Recht auf einen Werth, eine Befriedigung erblickt. So sagt Windscheid<sup>135)</sup>: „Ein Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn.“ Aehnlich Arndts<sup>136)</sup>. Buchka bemerkt<sup>137)</sup>: „Der Pfandgläubiger - Eigenthümer braucht sich nicht erst durch Verkauf den Werth des Pfandes anzueignen, er ist hierzu nicht einmal im Stande, weil sich das Pfand bereits in seinem Vermögen befindet.“ Aber auch von diesem Gesichtspunkt aus ist die Verweigerung des Rechts zum Pfandverkauf nicht gerechtfertigt. Dass der Werth, den der blosse Eigenthümer in seinem Vermögen hat, durch die Nachhypotheken (möglicherweise auch andere dingliche Gerechtsame) geschmälert sein kann, hat man übersehen. Verkauft der Pfandgläubiger - Eigenthümer bloss als Eigenthümer, so setzt er sich entweder der Gefahr der Evictionsklage aus oder erzielt einen hinter dem Tauschwerth der unbelasteten<sup>138)</sup> Sache zurückbleibenden Kaufpreis<sup>139)</sup>. Es ist ihm daher ein vermögensrechtliches

---

134) von Jungenfeldt, p. 15 und 16, bemerkt: „Wie sollte der Eigenthümer durch Veräusserung seiner eigenen Sache seine Forderung zu realisiren im Stande sein?“

135) Windscheid, I. p. 812.

136) Arndts, p. 568.

137) Buchka, p. 29.

138) So sagt Dernburg, II. p. 37: Die Gefahr der Eviction wird als Theil des Erwerbspreises mit in den Kauf aufgenommen, cfr. hierzu l. 7 C. 3,38; cfr. auch Dernburg, II. p. 168.

139) Bei der Entwicklung seiner Verwendungstheorie gibt denn Buchka (p. 44), cfr. unten § 5, bereitwilligst zu, dass einer freien Sache ein höherer Tauschwerth innewohnt als einer pfandrehtlich belasteten: „So ist der Verkaufswerth der Sache durch Veranlassung des Verkäufers erhöht.“



Interesse an der Fähigkeit, als Pfandgläubiger verkaufen zu dürfen, nicht abzusprechen. Durch besondere Umstände kann dasselbe natürlich noch gesteigert werden.

Denkt man sich, ein Grundeigenthümer hat sich von seinem Emphyteuta ein Pfandrecht bestellen lassen <sup>140)</sup>. Nach neuerem Recht darf er beim Pfandverkauf mitbieten; er kann sich daher die Freiheit seines Eigenthums wieder verschaffen, wenn ihm gestattet wird, den Pfandverkauf einzuleiten.

Mit vollem Recht ist daher Hartmann <sup>141)</sup> für die Veräusserungsbefugniss des Gläubiger-Eigenthümers eingetreten. Dass derselbe, obwohl als Pfandcreditor verkaufend, doch zugleich Eigenthümer ist, übt auf das Rechtsgeschäft selbstverständlich bedeutende Rückwirkung hinsichtlich der Evictionspflicht <sup>141a)</sup> u. s. w.

Hier drängt sich die Frage auf, ob man das Pfandrecht definiren soll als ein dingliches Verkaufsrecht einer fremden Sache oder überhaupt als ein dingliches Verkaufsrecht. Die Quellen, welche bekanntlich nur von einem ius in re sprechen <sup>142)</sup>, lassen uns hier im Stich. Fasst man das Pfandrecht als ein begrifflich-accessorisches Recht, so entspringt natürlich die Neigung, ein solches Recht nur an einer fremden Sache anzuerkennen. Ist aber die accessorische Qualität nicht von begrifflicher Bedeutung, so fällt jeder Grund hinweg, zu behaupten, dass ein Verkaufsrecht bloss dann als ein wirkliches Pfandrecht erscheine, wenn es eine fremde Sache ergreife <sup>143)</sup>.

---

140) Diese Pfandconvention erklärt für gültig Hartmann, p. 18 und 19.

141) Derselbe, p. 56 und 57.

141a) Dernburg, II. p. 165, 178, 180 und 187; cfr. I. 11 § 16 D. 19,1.

142) Puchta, Institutionen, II. p. 232.

143) Hartmann, p. 78 und 79. Bloss Superficies und Emphyteuse



Nur versteht sich, dass von einem Pfandrecht bloss da die Rede sein kann, wo das Verkaufsrecht als formell selbstständiges Recht auftritt. Die blosse qualitative, aus dem allgemeinen Eigenthumsrecht herfliessende Veräusserungsbefugniss kann füglich nicht als Pfandrecht betrachtet werden.

Somit ist auch das Pfandrecht an der eigenen Sache für ein volles Pfandrecht zu erklären. Die Behauptung, dass dasselbe eine Anwendung der Kategorie „des theilweisen Ruhens der Rechte bilde“, erscheint daher nicht zutreffend <sup>143)</sup>.

#### § 4.

### DIE RÖMISCHEN STELLEN ÜBER DAS PFANDRECHT AN DER EIGENEN SACHE.

Die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung sind auf aprioristischem Wege gewonnen worden. Es bleibt daher die Aufgabe übrig, zu prüfen, ob und wie weit dieselben mit den Aussprüchen der Quellen in Einklang stehen.

Gleich hier mag bemerkt werden, dass von Manchen, z. B. Arndts <sup>144)</sup>, mit Unrecht die l. 20 § 3 D. 13, 7 zu der vorgeworfenen Frage angezogen wird.

---

können an der eigenen Sache nicht bestehen. Die übrigen begrenzten dinglichen Rechte lassen sich an eigener Sache denken: eine Möglichkeit, von welcher das römische Recht sparsamen, das neuere ausgehnteren Gebrauch gemacht hat. So Hartmann.

143) Windscheid, I. p. 812 Note 26, ebenso Buchka, p. 28 ff.; dagegen Hartmann, p. 53, Ihering, p. 452. Es scheint anmaassend, mit so geringen und so unsicheren Kenntnissen die Aufstellung eines Begriffes unternehmen zu wollen. Ich bitte indess, nicht ausser Acht lassen zu wollen, dass ich mich überall an namhafte Rechtslehrer angeschlossen habe, Brinz und Sohm einerseits und Bremer und Hartmann andererseits. Wenn ich meine Ueberzeugung bekennen soll, so kann ich nicht umhin, die vorgetragene Meinung auszusprechen, welche durch das Studium eines Theils der Pfandrechtsliteratur nur befestigt worden ist.

144) Arndts, p. 568 in der Note.



l. 20 § 3 D. 13,7: Interdum etsi soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore (Paulus).

Darnach soll, wie mir scheint, die persönliche Klage auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Schuld nicht statthaft sein, wenn der Gläubiger dasselbe vom Schuldner gekauft hat. Durch den Kaufcontract werden die obligatorischen Verbindlichkeiten aus dem alten Pfandcontracte zerstört. Das Pfandrecht selbst war schon untergegangen, da pecunia soluta war, als der Kaufvertrag abgeschlossen wurde, bestand nicht neben und mit dem Eigenthum.

Der allgemeinste der hier interessirenden Aussprüche der Quellen ist in der l. 45 D. 50, 17 enthalten:

„Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest“ (Ulpianus).

Diese Stelle proclamirt wohl zunächst bloss den Grundsatz der strengen juristischen Logik, welche fordert, dass alle Elemente eines Vertrages im Moment seines Abschlusses vorhanden seien. Ueber die Verträglichkeit von Pfandrecht und Eigenthum will sie zunächst keine Entscheidung geben; indem sie jedoch ausspricht, dass jene Erfordernisse nicht vorliegen, wenn der contractus pignoratitius über eine eigene Sache eingegangen wird, erklärt sie, dass ein pignus an der eigenen Sache nicht möglich ist<sup>145)</sup>. Immerhin könnte man hierin nur die Regel ausgedrückt finden, und behaupten, dass so gut eine locatio rei suae<sup>146)</sup> contrahirt werden könne, so gut auch ein Pfandcontract über die eigene Sache möglich sei<sup>147)</sup>. Nimmt man aber die Unbedingtheit des Satzes

---

145) Auch Hartmann ist der Ansicht, dass die l. 45 D. 50, 17 von einem contractus pignoratitius handelt, p. 45 Note 39.

146) cfr. l. 35 § 1 D. 13, 7; l. 37 D. 41, 2.

147) So musste ja jenes starre Princip selbst oft dem ius aequum



an, so ergibt sich dem strengen Wortlaut der lex gemäss nur, dass sich ein Faustpfand an der eigenen Sache nicht denken lässt.

In diesem Sinne äussern sich auch die folgenden Fragmente <sup>148)</sup>:

1. 29. D. 13,7. Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur (Julianus).

Der bonae fidei possessor ist zur Verpfändung der bona fide besessenen Sache berechtigt <sup>149)</sup>; von dieser Befugniss hat ein bonae fidei possessor Gebrauch gemacht, indem er ein Faustpfand bestellt hat, und sich, wie gewöhnlich, bittweise den Besitz übergeben lassen <sup>150)</sup>. Durch diese Handlungen ist folgendes Resultat hervorgebracht:

1. Der Gläubiger ist in den Besitz der Pfandsache gesetzt.

2. Der Schuldner hat abgeleiteten Besitz erhalten oder nach einer anderen Ansicht Detention in fremdem Namen. Es liegt ein Fall vollkommen gültiger und gegen Jeden, der nicht Eigenthümer des Pfandobjects ist, vollwirksamer Verpfändung vor. Dieses Verhältniss wird gestört dadurch, dass der dominus den creditor zum Erben einsetzt. Welche

---

weichen daher heisst es z. B. in der l. 61 D. 18,1: Existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quia forte speratur meum esse desinere (Marcellus).

148) Mit den hier zuerst besprochenen Stellen beschäftigte sich die ältere Literatur hauptsächlich, sie fand darin das Dogma von der Unmöglichkeit eines Pfandrechts an der eigenen Sache, cfr. Glück, Commentar, XVIII. p. 168.

149) l. 21 § 1 D. 20, 1.

150) Die precarii rogatio kam nicht bloss bei der fiducia, sondern auch beim pignus vor, l. 6 § 4 D. 43, 26.



Folgen schreibt das Fragment diesem Ereigniss zu? Es heisst: *desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit*. Hierin ist weiter nichts ausgesprochen, als dass das Faustpfand, der Faustpfandbesitz aufhört. Der Erbe hat durch *transitus legalis* Eigenthum erworben, es wohnt ihm der *animus domini* bei. Der abgeleitete Besitz<sup>151)</sup> verwandelt sich in *possessio civilis*. Man wende nicht ein: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*. Es ist ja eine neue causa eingetreten, die *hereditas*, welche die *possessio pro herede* erzeugt: „*Si a domino heres institutus fuerit, incipiet fundum pro herede possidere*<sup>152)</sup>.“

Der Pfandnehmer hat als Besitzer die Macht, von dieser causa Gebrauch zu machen. Es würde schon, abgesehen von anderen, unten zu erwähnenden Gründen, der Regel widersprechen, dass Verzichte nicht zu vermuthen sind, wollte man dem *dominus* den *animus domini* absprechen. Das *pignus* geht unter, mit ihm das *precarium*, da jedoch die Ungültigkeit nicht zurückbezogen wird, so bleiben die Rechtsmittel in Kraft; daher sagt Julianus: „*precarii rogatio supererit*“<sup>153)</sup>. Die Annahme Hartmann's<sup>154)</sup>, dass der *contractus pigneraticius* keine Wirkung äussere zu Gunsten des Verpfänders gegenüber

---

151) Diesen hat der Pfandnehmer zurückbehalten; sonst würde das *precarium* das *pignus* vernichten. Es offenbart sich die Fortdauer auch darin, dass der Precarist die *Interdicte* nur gegen Dritte, nicht gegen den Geber erhält, l. 17 D. 43, 26, welcher *non decessit animo possessione*, l. 15 § 4 D. eod.

152) l. 33 § 1 D. 41, 3.

153) Auffällig ist, dass Julian sagt, *sola precarii rogatio supererit*. Er verwirft offenbar die Ansicht, dass einem Eigenthümer von einem b. f. possessor ein Recht an der eigenen Sache bestellt werden könne. Dies spricht gegen die im § 3 erwähnte Behauptung Hartmann's, ein schwächeres Recht könne uneingeschränkt neben einem intensiveren fortbestehen. Genau genommen behandelt daher Julian die Frage gar nicht, ob ein Pfandrecht an der eigenen Sache denkbar sei.

154) Hartmann, p. 45 Note 39.



dem Sacheigenthümer, nicht aber durchaus unwirksam werde zu Gunsten des Pfandnehmers, erscheint um so ungegründeter, je regelwidriger sie ist.

Dass übrigens Julian den obigen Gedankengang verfolgt, zeigt der Schluss des Fragments: „*idirco usucapio tua interpellabitur*“. Die anormale Annahme der Fortdauer des Sachbesitzes für den Verpfänder *ad usucapionem*<sup>155)</sup> fällt hinweg, weil sich der abgeleitete Besitz des Pfandnehmers zur *possessio civilis* gesteigert hat<sup>156)</sup>.

Ein Besitz Mehrerer an derselben Sache in *solidum* ist aber undenkbar<sup>157)</sup>. Dasselbe Princip bringt Julian in dem folgenden Fragment zur Anwendung, in welchem er zugleich unzweideutig ausspricht, dass sich der Faustpfandbesitz nicht mit dem Eigenthum verträgt.

l. 33 § 5 D. 41, 3. *Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse desino usucapere quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. At si nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilominus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur* (Julianus).

Die Worte „*si rem pignori tibi dem*“ und der Gegensatz „*at si nuda conventione*“ machen es unzweifelhaft, dass im ersten Satz von einem Faustpfand die Rede ist. Dieses ist

---

155) Dernburg, II. p. 58.

156) Auch Dernburg, II. p. 83, erklärt die angeführte von der Besitzlehre aus. Die Frage, ob das Pfandrecht in diesem Fall durch Confusion erlösche, wirft er gar nicht auf. Er rechtfertigt nur die Ansicht, dass trotz der Weggabe des naturalen Besitzes an den Verpfänder, trotz des *precarium* dennoch der Ersitzungsbesitz desselben unterbrochen werde, sobald der Faustpfandnehmer das Eigenthum des Pfandobjects erwerbe.

157) Dieser Meinung huldigten wenigstens die Koryphäen der römischen Jurisprudenz Labeo, Celsus, Paulus, cfr. Puchta, Institutionen, II. p. 153.



schlechthin undenkbar an der eigenen Sache; selbst dann muss Ungültigkeit des Realcontracts angenommen werden, wenn der Eigenthümer zur Zeit seines Abschlusses keine Kenntniss von seinem Eigenthum hatte. Für die Hypothek macht Julian diesen scharfen Grundsatz nicht geltend, sondern wiederholt nur die aus der l. 29 D. 13, 7 bekannte Entscheidung, dass dem Eigenthümer kein Recht an seiner Sache vom bonae fidei possessor derselben rechtswirksam bestellt werden könne. Beide Conventionen sind ungültig, jene aber, indem sie die Sache unter den selbständigen Herrschaftswillen des Eigenthümers bringt, welcher den vermittelten Besitzwillen gleichsam absorbiert, zerstört den Er-sitzungsbesitz des Verpfänders<sup>158</sup>).

Einen Schritt weiter in der Erkenntniss, wie die römischen Juristen über das Pfandrecht an der eigenen Sache dachten, führt die berühmte l. 30 § 1 D. 44, 2.

Latinus Largus: cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. his gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et optinuit. post hoc iudicium Maevius heres repperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum, cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod

---

158) Eine von der gemeinen Meinng abweichende Ansicht über den Faustpfandbesitz trägt Dernburg, II. p. 50 ff., vor.



tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. respondi: si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. quod si possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non optinuit peteret, non obesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. cum autem pigneraticia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum quod hic probabit sibi teneri. et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. in proposita autem quaestione magis me illud movet, num quid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem (Paulus).

Der Sinn der Stelle ist bis auf den Schlusssatz, der hier besonders in Betracht kommt, klar und deutlich. Mävius, der wirkliche Erbe, und Titius, der Erbschaftsprätendent, schlossen einen Vergleich ab. In Verfolg desselben übergab dieser jenem mit Erbschaftssachen ein ihm gehöriges Grundstück, welches kurz darauf von einem Pfandgläubiger dem neuen Eigenthümer abgestritten wurde. Darauf findet Mävius eine Urkunde, aus welcher hervorgeht, dass das Grundstück bereits vor langen Jahren seinem Grossvater verpfändet worden war, und fragt an, ob er dieses Pfandrecht noch



geltend machen könne. Paulus untersucht zunächst, wie weit die Kraft der *exceptio rei iudicatae* reiche. Dieselbe steht nicht entgegen, sagt er; ob aber nicht durch den Eigenthumserwerb das Pfandrecht erloschen ist, erregt ihm grösseres Bedenken. Doch auch dieses weist er zurück, denn obwohl „*pignus perseverare non potest domino constituto creditore, actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse*“<sup>159</sup>).

Dieser Ausspruch scheint paradox. Das Pfandrecht ist untergegangen, die Pfandklage dauert fort. Bietet sich nicht von selbst die Ansicht Bachofen's dar, welcher das Pfandrecht für identisch mit der Pfandklage hält? Man versteht unter *pignus* ein Faustpfand, und jeder Widerspruch schwindet. So interpretirt denn in der That jener Schriftsteller. Wenn man nun auch seinen Folgerungen nicht beistimmen kann, so mag doch die Behauptung, dass Paulus in der angeführten Stelle von einem Faustpfande handelt, hingenommen werden. Ich will versuchen, dieselbe zu begründen. Auffallend ist zunächst die dreimalige Hervorhebung der *traditio des fundus*. Dieser Pleonasmus lässt sich nur durch die Unterstellung rechtfertigen, dass es Paulus darum zu thun war, so die Unbekanntschaft der Erbschaftsprätendenten mit der Verpfändung des Grundstückes an den Grossvater des Mävius über jeden Zweifel zu erheben, was wegen der *exceptio rei iudicatae* wichtig war. Dieses aber konnte er nur dann durch jene öftere Betonung erreichen, wenn ein Faustpfand vorlag. Denn hätten die Parteien hiervon Kenntniss gehabt, so wäre eine *traditio* überflüssig gewesen. Titius,

---

159) An diese Stelle haben fast sämmtliche Schriftsteller die Untersuchung, ob es ein Pfandrecht an der eigenen Sache gibt, angeknüpft, von ihr die Grundlage ihrer Erörterungen gewonnen; eine eingehendere Beschäftigung mit derselben erscheint schon deshalb unerlässlich.



welcher sich, wie üblich, den Besitz precario zurückerbeten hatte, brauchte nur zu erklären, er wolle sein Eigenthum auf Mävius übertragen, welcher bereits Besitzer war, die Sache mit Willen des dominus inne hatte.

Auch lässt sich vielleicht auf diesem Wege eine Ehrenrettung des Paulus gegenüber neueren Tadlern versuchen. Francke<sup>160)</sup> wie Dernburg<sup>161)</sup> finden die Auseinandersetzung des Juristen weitläufig; sie vermögen ihn nicht zu entschuldigen.

Nimmt man aber an, dass es sich im vorliegenden Fall um ein Faustpfand handelt, so möchte folgende Bemerkung zutreffen.

Ein Eigenthumsprocess kann nicht mit Berufung auf eine nicht vorgebrachte, eine neue Eigenthumserwerbsart wiederholt werden, denn in ihm werden ohne besonderen Vorbehalt *omnes causae una petitione adprehenduntur*<sup>162)</sup>. Das Eigenthum ist eben eine concrete, ausschliessende Herrschaft, welche ungetheilt an derselben Sache nur einem zustehen kann, für dessen Natur die Entstehungsart gleichgültig ist. Ein gleiches Verhältniss muss offenbar für das Faustpfandreht Platz greifen: ein Besitz, ein Eigenthum Mehrerer in solidum lassen sich gleich wenig denken. Ganz anders steht es mit der blossen Hypothek, der *obligatio rei*, die nur als eine Potenz erscheint, deren Wegfall zu hoffen ist<sup>163)</sup>. Sie kann zwar auch nicht zur selben Zeit mehreren Personen in solidum vollwirksam zustehen<sup>164)</sup>, aber doch der einen fest, der anderen als ein vorläufig ideeller, durch

---

160) Francke, p. 114.

161) Dernburg, II. p. 572.

162) Puchta, Institutionen, I. p. 542 Note n, dazu die Bemerkung Rudorff's, cfr. auch l. 14 § 2 D. 44, 2.

163) Dernburg, II. p. 393 und 405.

164) von Wening-Ingenheim, p. 143.



den Fortfall der ersteren existent werdender Nexus, da sie sich nicht in einem äusserlichen, physischen Herrschaftsverhältniss verkörpert.

Ist es aber richtig, dass der fundus dem Grossvater des Mävius zu Faustpfand verpfändet war, so berichtet Paulus in den Worten „neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore“ eine Wahrheit, welche schon aus Julian's Ausführungen bekannt ist. Sie enthalten daher weder einen Zweifelsgrund<sup>165)</sup>, den Paulus sich selbst entgegen stellt; noch das Axiom<sup>166)</sup>, dass es kein Pfandrecht an der eigenen Sache gebe, vielmehr sagen sie nur, dass ein Faustpfand an der eigenen Sache sich nicht denken lasse.

Obwohl also das Faustpfand erloschen ist, gesteht Paulus dem Mävius doch die Pfandklage zu. Wie ist das zu verstehen?

Der Ausspruch, dass die Klage fort dauere, enthält eine metonymische Bezeichnung<sup>167)</sup> für das Fortbestehen der Hypothek, welche nach späterem Recht stets im pignus enthalten ist<sup>168)</sup>.

Es liegt also eine Conversion vor<sup>169)</sup>. Die Bezugnahme auf die Formel erklärt sich aus der Neigung der römischen Jurisprudenz, das Neue an das Alte anzuknüpfen, zur Wahrung der Continuität der Rechtsentwicklung<sup>169a)</sup>. Daher kann auch nicht gegen die Behauptung, dass Paulus im vorliegen-

---

165) Derselbe, p. 144; Francke, p. 121; Windscheid, I. p. 812 N. 26.

166) Dernburg, II. p. 572 Note 14; Buchka, p. 10.

167) Ein Beispiel metonymischer Ausdrucksweise mag noch angeführt werden. In der l. 9 pr. 20, 6 heisst es: „invicem pigneraticiam actionem eos non habere“.

168) Bremer, p. 128; Bachofen, p. 87; Dernburg, I. p. 168: „In jedem pignus liegt von selber eine Hypothek.“

169) Eine solche Conversion findet sich auch in der l. 40 § 1 D. 13,7; Dernburg, II. p. 161 und 162.

169a) Puchta, Institutionen, I. p. 182, Bruns in v. Holtzendorff's, Encyklopädie, p. 107 ff.



den Falle von einem Faustpfand handle, das Folgende eingesetzt werden. Es scheine wenig angemessen, wenn Paulus immerfort das Wort „pignus“ gebrauchte. Er würde den Gegensatz schärfer hervorgehoben haben, indem er gesagt: „verum est enim et hypothecae datum et satisfactum non esse.“ Allein hiervon hielt ihn eben wohl die Gewissenhaftigkeit des Citirenden zurück, welcher die Formel des Edicts wortgetreu wiedergeben wollte<sup>170)</sup>. Aber selbst wenn dies nicht zuträfe, könnte doch aus dieser Ausdrucksweise kein Argument gegen die vertheidigte Behauptung abgeleitet werden. Wie vollkommen synonym die Wörter „pignus“ und „hypotheca“ von den Römern angewandt wurden, wie sehr sie ihre technische Bedeutung eingebüsst hatten, erhellt aus der oben besprochenen l. 33 § 5 D. 41, 3, in welcher ebenfalls ein scharfer Gegensatz den Juristen nicht zurückhielt, das Wort pignus jetzt im Sinne von „Faustpfand“, gleich darauf im Sinne von „Hypothek“ zu gebrauchen. Auf den Basilikentext aber kann man sich, abgesehen von anderen Gründen, deshalb nicht berufen, weil die Ausdrücke ἐνέχυρον und ὑποθήκη ebensowenig in ausschliesslich technischer Bedeutung vorkamen<sup>171)</sup>.

Das Ergebniss der bisherigen Untersuchung lautet: ein Faustpfand an eigener Sache ist schlechthin unmöglich.

Diesen Satz hat zuerst Büchel<sup>172)</sup> aufgestellt und ihn

---

170) Dernburg, I. p. 81, Arndts, p. 552, Brinz, p. 335. construiren diesen Theil der Formel so „et pigneri datum“ etc. —, anders freilich Salkowski, Institutionen, p. 223.

171) Dernburg, I. p. 70. Die Erklärung der Entscheidung des Paulus, welche die Glosse gab, indem sie behauptete: Das Eigenthum sei wegen eines Irrthums über die causa traditionis nicht übergegangen, ist höchst willkürlich. Sie beschuldigt damit unseren Juristen eines ganz haltungslosen Raisonnements. Von Wening-Ingenheim, p. 140.

172) Büchel, p. 202 ff. Ihm schloss sich an Bachofen, p. 86. Auffallen



auf folgende Weise zu begründen versucht. Wer eine unmittelbare privatrechtliche Herrschaft über eine Sache erworben habe, könne nicht noch als mittelbar Berechtigter in Betracht kommen. Dies scheint nicht richtig, da der Eigenthümer eine zu Faustpfand verpfändete Sache miethen kann. Ein *precarium rei suae* und zwar geradezu ein *precarium possessionis* wurde für zulässig erachtet<sup>173)</sup>, ein *pignus rei suae* soll unmöglich sein! Ist das nicht ein offener Widerspruch? Die Lösung dürfte durch folgende Betrachtung erreicht werden.

Der Prekarist bekommt nur in der Regel abgeleiteten Besitz, es kann auch bloss Detention ausgemacht werden, und dies wird gerade dann anzunehmen sein, wenn der Faustpfandgläubiger dem Eigenthümer *precario* den Besitz überlässt<sup>174)</sup>. Dass Ulpian den Ausdruck *possessio* gebraucht, steht nicht entgegen, da derselbe keineswegs ein technischer für den juristischen Besitz ist. Dies beweist die l. 10 § 1 D. 41, 2, die gleichfalls von Ulpian herrührt. Detiniren kann der Eigenthümer in fremdem Namen, weil er neben seiner allgemeinen Herrschaft unter gegebenen Umständen eine beschränkte zu gewinnen und zu behalten vermag. Das *pignus* aber verleiht stets vollen juristischen Besitz. Während der Usufruktuar eine beschränkte Herrschaft unmittelbar an der Sache, eine *quasi possessio* erhält, kann sich der Pfandnehmer hiermit nicht begnügen, sein Recht geht weiter. Die vollkommene rechtliche Verfügungsbefugnis führt nothwendig zu einer gleich vollkommenen factischen;

---

muss, dass in allen (vier) angezogenen Stellen stets von einem *pignus* die Rede ist, während doch der Ausdruck *hypotheca* sonst nicht selten begegnet.

173) cfr. l. 6 § 4 D. 43, 26.

174) Anderer Ansicht Dernburg, II. 78, vgl. dagegen die dort Cit. Kuhlmann, Hypothek.



wenn jene in eigenem Interesse erworben ist, so muss auch diese in eigenem Interesse geübt werden.

Die *possessio des creditor* enthält mithin alle Elemente, welche den Besitzbegriff ausmachen. So braucht man denn in der That nicht einen abgeleiteten oder anvertrauten Besitz anzunehmen<sup>175)</sup>. Die Besonderheit liegt nicht darin, dass dem Pfandnehmer eine wirkliche *possessio* zugestanden wurde, sondern darin, dass man den Ersitzungsbesitz fort-dauern liess. Diese aber erklärt sich aus historischen Gründen<sup>176)</sup>.

Das Faustpfand verleiht also eine Herrschaft, welche schon das blosse Eigenthum gibt. Es wäre sinnlos, eine *possessio ad pignoris* und *ad dominii causam* zu unterscheiden. Der blosse Eigenthumsbesitz schützt stets eben so sehr wie der Pfandbesitz. Die Schwierigkeit mit den Vor- und Nach-hypotheken fällt hinweg, weil es nicht mehrere Faustpfandrechte an derselben Sache zu gleicher Zeit in *solidum* geben kann. Lasten aber eigentliche Nachhypotheken auf der Sache, so schadet der Untergang des Faustpfandes nicht. Denn da die Hypothek, welche nach klassischem Recht stets im *pignus* enthalten ist, bleibt oder doch bleiben kann, so kann der Eigenthümer gegen die Nachhypothekare, falls sie klagen, durch die Einrede des besseren Pfandrechts sich schützen, falls sie besitzen, die *actio hypothecaria* anstellen<sup>177)</sup>.

Eine Erweiterung der dinglichen Herrschaft an der eigenen Sache über die dem Eigenthum generell gezogenen Grenzen hinaus lässt sich durch das blosse Faustpfand nicht

---

175) Dernburg, II. p. 57.

176) Dernburg, II. p. 58.

177) Ein Verzicht auf den blossen Besitzanspruch unter Vorbehalt der Hypothek ist möglich, cfr. Rudorff zu Puchta's Institutionen, II. p. 263 Note e. Unverträglichkeit von Pfandbesitz und Eigenthum nimmt auch an Sintenis, p. 110 Note 1.



gewinnen. Ein Eigenthum ohne Verkaufsrecht wird immer für Eigenthum gelten müssen. Ein Eigenthum, dem dauernd das Besitzrecht entzogen wäre, würde eine wunderbare Erscheinung sein.

Die l. 30 § 1 D. 44, 2 hat ein doppeltes Resultat geliefert; sie hat die Unmöglichkeit eines Faustpfands, die Möglichkeit einer Hypothek an der eigenen Sache ergeben. Letztere ist weiter in der folgenden Stelle ausgesprochen:

l. 1 C. 8, 19: Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris (Alexander 230).

Die Bestimmung des Gesetzes lautet: Wenn der Schuldner die Pfandsache an den Gläubiger verkauft oder an Zahlungsstatt hingibt, so soll dadurch das Successionsrecht der Nachhypothekarien nicht getilgt werden, mit anderen Worten: es soll das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers fort dauern. Alle Interpreten haben die Eingangsworte der Stelle wenig oder gar nicht berücksichtigt. Vielleicht lässt sich von ihnen aus eine bessere Erklärung gewinnen als die bisher aufgestellten. Verkauft der Pfandgläubiger die Sache, heisst es dort, so werden sämtliche auf ihr lastenden Nachhypotheken zerstört. Ganz anders, wenn der Schuldner an den Pfandnehmer verkauft. Will man dem Kaiser überhaupt die Absicht einer Rechtsproduction zuschreiben, so muss man annehmen, dass dieser Fall früher jenem gleich geachtet wurde. Und dies gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man erwägt, dass in einer Nachhypothek wesentlich die Ver-



pfändung der hyperocha gesehen wurde<sup>178)</sup>, dass ferner sonst in Folge des nach römischem Recht nothwendigen Nachrückens der späteren Pfandgläubiger dem ersten Pfandnehmer der Erwerb seines Pfandobjects geradezu abgeschnitten gewesen wäre<sup>179)</sup>.

Allmählich mochte ein Missstand hervortreten. Der Schuldner, vom Gläubiger gedrängt, dem er vielleicht noch mehrere Summen schuldete oder der neuen Credit nöthig hatte, überliess die Sache demselben zu einem Spottpreise, so dass die Rechte der Nachhypothekarien beeinträchtigt wurden. Der Kaiser suchte durch jenes Gesetz abzuheilen: weit entfernt, den Nachpfandgläubigern eine schlechtere Stellung zuzuweisen<sup>180)</sup>, ertheilte er ihnen eine Vergünstigung. Um aber dem Gläubiger den Erwerb seines Pfandobjects nicht unthunlich zu machen, bestimmte er, dass das Pfandrecht desselben, welches nach allgemeinen Grundsätzen hätte erlöschen müssen, da der Kaufpreis auf die Pfandschuld aufgerechnet wurde, fortbestehen sollte<sup>181)</sup>.

---

178) Dernburg, II. p. 480.

179) Dieser Verkauf des Pfandobjects an den Gläubiger fiel auch später nicht unter das Verbot der *lex commissoria*, l. 12 pr. D. 20, 5. Die Bemerkung: „quia in dominio manet debitoris“ weist offenbar auf den Gegensatz der *fiducia* hin und erklärt beim *pignus*, welches dem Schuldner das Eigenthum lässt, den Verkauf für möglich, cfr. l. 2 § 1 C. 8, 22.

180) Die Verkennung dieses Zusammenhangs hat auf die Präsumtionen geführt, welche bei Francke, Sintenis und v. Vangerow zu lesen sind. Ersterer nimmt stets Verzicht auf das Pfandrecht an, wenn das Eigenthum bei Kenntniss des Pfandrechts erworben wurde, letztere wenigstens dann, wenn der erwerbende Pfandgläubiger Wissenschaft von den Nachhypotheken hatte.

181) Die Behauptung Buchka's, p. 32 ff., dass im Falle der l. 1 C. 8, 19 keine Compensation stattgefunden hatte, ist sehr gekünstelt und steht ganz allein, cfr. dagegen Hartmann, p. 47, und Regelsberger, p. 205. Es ist diesem Schriftsteller daher nicht gelungen, den accessorisches Character des Pfandrechts diesmal zu retten. Wenn wirklich



Anders erklärt Francke die Stelle.

Er nimmt eine Succession des Gläubigers in sein eigenes Pfandrecht an, nach dem allgemeinen Principe, dass der abfindende Käufer des Pfandobjects das Pfandrecht des abgefundenen Pfandgläubigers erwirbt<sup>182)</sup>. Der Pfandgläubiger-Käufer hätte sich aber das Pfandrecht nach l. 1 C. 8, 18 besonders ausbedingen müssen. Hiervon ist nirgends die Rede. Man wird also dabei bleiben müssen, dass dasselbe kraft gesetzlicher Bestimmung fort dauert, zur Unterstützung des hülflosen, noch mehrfach pfandrechtl. beschränkten Eigenthums. Es entscheidet „der Gesichtspunkt noch nicht erreichter Zweckbestimmung des Rechts“<sup>183)</sup>.

Ist doch diese legislatorische Interpretation eines Privatwillens nichts Aussergewöhnliches. Ersteht der Bürge des Schuldners oder ein späterer Pfandgläubiger das Pfandobject im Pfandverkauf, so wird ihnen kraft lex cogens der Wille untergeschoben, dass sie das Pfandrecht, nicht das Eigenthum zu kaufen beabsichtigt haben. Wenigstens werden jetzt die l. 1. 2 und 6 D. 20, 5 allgemein in diesem Sinne verstanden<sup>184)</sup>;

---

nicht compensirt wurde, hätte dem Kaiser nicht die Bemerkung nahe liegen müssen, dass die Pfandschuld etwa noch nicht fällig war? cfr. Sintenis p. 102.

182) Francke, p. 124; von Jungenfeldt, p. 25.

183) Ihering, p. 452; Hartmann, p. 49. Wie dem aber auch sei, edenfals wird der gleichzeitige Bestand von Pfandrecht und Eigenthum von den meisten Autoren anerkannt. Der Erwerb der Pfandsache durch den Pfandnehmer unter Vernichtung der Nachhypotheken war dem alten Recht keine aussergewöhnliche Erscheinung. War doch früher die *dominii impetratio* dem praetor gegeben, Dernburg, II. p. 240 ff., und konnte doch der Pfandgläubiger vom praeses zur Theilnahme an der Licitatio des *pignus ex causa iudicati captum* befähigt werden, Dernburg, II. p. 255.

184) Dernburg, II. p. 165 ff.; Puchta, Pandecten, p. 310 Note 1; Windscheid, I. p. 813 Note 27. Richtig schon von Jungenfeldt, p. 26.



ein näheres Eingehen auf dieselbe ist daher überflüssig <sup>185)</sup>. Ein Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigenthum finde ich auch in den folgenden Stellen ausgesprochen: l. 17 D. 20, 4; l. 3 § 1 D. 20, 5 und l. 3, C. 8, 18. Freilich herrscht über ihre Auslegung viel Streit. Ich halte es für angemessen, meine Ansicht in dem folgenden Paragraphen zu begründen.

So hat sich also bestätigt, dass die Römer in der That neben einem pfandrechtlich beschränkten Eigenthum ein Pfandrecht anerkennen, welches dasselbe zu unterstützen und aufrecht zu erhalten vermag <sup>186)</sup>.

Es mag nun zugesehen werden, ob auch die zweite Kategorie von Pfandrechten an der eigenen Sache, welche die Herrschaft an derselben über die dem Eigenthum generell gezogenen Grenzen erweitert, sich in den Quellen findet.

l. 61 pr. D. 36, 1: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adiit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria

---

185) Mit Unrecht wurden sie von den Aelteren zu der hier behandelten Frage angezogen, v. Wening-Ingenheim, p. 138; Sintenis, p. 105 und 106; Francke, p. 108, die gerade von ihnen aus eine ganz eigenthümliche Ansicht gewinnen; zweideutig v. Vangerow, I. p. 900.

186) Gehört nicht auch die l. 12 §§ 7 ff. D. 49, 15 hierher? Dernburg, II. p. 524.



est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio (Paulus).

Paulus referirt folgenden Rechtsfall. Ein Pfandschuldner hat seinen Gläubiger zum Erben eingesetzt mit der Auflage, die Erbschaft an seine (des Schuldners) Tochter herauszugeben. Da dieser nun suspecta hereditate nicht antreten will, erbittet und erlangt die fideicommissarische Erbin vom Prätor den Spruch, dass gemäss dem S. C. Pegasianum die Antretung in contumaciam als geschehen fingirt und die Erbschaft ohne Weiteres mit allen Activen und Passiven als an sie restituirt behandelt werde<sup>187)</sup>. Darauf fragt der Pfandgläubiger an, ob er dennoch sein Pfandrecht geltend machen könne; Paulus gibt eine bejahende Antwort unter dem Hinweis: „remanet propter pignus naturalis obligatio.“

Weil hier neben dem Pfandnehmer kein Nachhypothekar steht, haben manche Schriftsteller, von einer einseitigen Ansicht ausgehend, die Stelle als bedeutungslos für unsere Frage angesehen<sup>188)</sup>.

Weit verbreitet ist die Meinung, dass jener Erbschaftsantritt als blosser Form betrachtet worden sei<sup>189)</sup>, die man ignoriren könne. Oefters wird behauptet, die durch

---

187) § 7. I. 2, 23.

188) Francke, p. 110; von Jungenfeldt, p. 26.

189) Dernburg, II. 569, Note 10. Dieser Ausweg sollte doch zuletzt eingeschlagen werden.



Confusion untergegangenen dinglichen Rechte des Fiduciars müssten nach der Restitution der Erbschaft wiederhergestellt werden<sup>190)</sup>. Sehr merkwürdig ist jedenfalls, dass Paulus hier das Bedenken, ob das Pfandrecht nach erworbenem Eigenthum fort dauere, gar nicht aufwirft. Bloss die Confusion von Forderung und Schuld erregt ihm Zweifel<sup>191)</sup>. Was kann die gemeine Meinung, der zu Folge eine beschränkte Herrschaft neben dem Eigenthum sich so wenig denken lässt als eine Forderung gegen den Berechtigten selber zur Erklärung anführen? Sie nimmt die Confusion dennoch an und behauptet, das Pfandrecht werde nachträglich wiederhergestellt<sup>192)</sup>. Diese Betrachtungsweise ist Paulus hinsichtlich der Servituten ganz geläufig<sup>193)</sup>. Die Ausdehnung derselben auf das Pfandrecht erscheint aber willkürlich. Die Analogie der Servituten kann gar nicht in Betracht kommen, da der Fiduciar unveräusserliches Eigenthum ererbt. Ohne Pfandrecht würde er nicht verkaufen können. Nun wird ihm zwar diese Befugniss in der l. 61 pr. D. 36, 1 nicht ausdrücklich zuerkannt, allein der Ausdruck „possidet enim quasi creditor“<sup>194)</sup> deutet darauf hin, dass Paulus ihm mehr Recht zugesteht, als die „nuda proprietas“, welche ihm vermacht ist, geben kann. Hinsichtlich der Benutzung der Sache ist eine solche Grenze dem Fiduciar nicht gezogen,

---

190) Zu weit geht die Behauptung Francke's, p. 110, und Sintenis', p. 108, dass dieselben geradezu unversehrt blieben.

191) Dadurch unterscheidet sich die l. 61 pr. D. 36, 1 auffällig von der l. 30 § 1 D. 44, 2, die auch von Paulus verfasst ist. Auch dieser Gegensatz legt die Ansicht nahe, dass dort von einer Hypothek, hier von einem Faustpfand die Rede ist. Dazu v. Jungenfeldt, p. 28.

192) So z. B. Fritz, l. c. p. 545 Note 353.

193) cfr. einerseits l. 18 D. 8, 1, andererseits l. 9 D. 8, 4, etwa l. l. 53, 60, 75 § 1, 82 D. 36, 1.

194) Vergl. v. Wenning-Ingenheim, p. 45.



daher vereinigt sich die Servitut mit dem Eigenthum und muss bei der Herausgabe wiederhergestellt werden. So lehrt denn auch mein verehrter Lehrer, Herr Professor Bruns: „Servituten leben wieder auf, Pfandrechte bleiben von selber.“

Das interpretirte Fragment ist noch nach einer anderen Seite hin sehr interessant. Es legt das sprechendste Zeugnis für die hohe selbständige Kraft des Pfandrechts ab, vermöge deren es im Stande ist, den Hauptanspruch aufrecht zu erhalten, seine Befriedigung herbeizuführen. Die Obligation, für welche das Pfandrecht gegeben war, hatte bloss naturale Wirksamkeit<sup>194 a)</sup>). Durch den Erbschaftsantritt war sie erloschen, „*sublata naturali obligatione*“<sup>195)</sup>). Dennoch bleibt im Pfande und durch das Pfand die Verbindlichkeit bestehen. Diesen Gedanken betont Paulus wiederholt: „*Petitio pignoris nomine competit*“ und „*propter pignus remanet naturalis obligatio*“<sup>196)</sup>). Die Bezugnahme auf die Formel, die auch hier wiederkehrt, erscheint als ein allgemeines Symptom der römischen Rechtswissenschaft<sup>197)</sup>). Hier enthüllt sie den Gedanken, wesshalb der Jurist dem Pfandrecht eine weitere Existenz zuschreibt, er hebt hervor, dass eine Befriedigung nicht erfolgte und weist dem Pfandrecht die Rolle eines Trägers des *ius aequum* zu.

Mag man aber auch Fortdauer oder Wiederaufleben der Forderung annehmen, so wäre hier doch der Fiduciar

---

194 a) Derselbe, l. c.; v. Vangerow, I. p. 900.

195) Arndts, p. 573. Die Forderungsklage fand nur noch vermöge einer Restitution statt. Dies beweist aber auch gegen die Dernburg'sche Behauptung, dass eine materielle Confusion gar nicht angenommen worden wäre, Dernburg, II. p. 569 und 592.

196) Faber hielt den letzten Satz für ein späteres Einschiesel, cfr. von Wenning-Ingenheim, p. 145 Note 10.

197) Vergl. oben Note 169 a und dazu noch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie, 3. Auflage, Leipzig 1877, p. 93.



schutzlos gewesen. Dernburg sagt<sup>198)</sup>: „Der Erbe konnte den Betrag der einstigen Forderung noch immer vom Universalfideicommissar auf den Grund hin einklagen, dass er ihm durch abzugslose Abtretung der Erbmasse zu viel restituirt habe.“ Da indess hier eine klaglose Obligation vorlag, so würde auch für diesen Fall dem Pfandrecht immerhin hohe Bedeutung zukommen.

So haben denn die Römer die Möglichkeit einer Erweiterung der dinglichen Herrschaft über die dem Eigenthum generell gezogenen Grenzen durch das Pfandrecht anerkannt.

Hartmann, wie erwähnt, vertritt die Ansicht, dass selbst dann, wenn kein einengendes fremdes Recht, keine gesetzliche Schranke entgegenstehe, wenn also an eine Vergrößerung des Machtinhalts nicht gedacht werden könne, dennoch das specielle dingliche Recht neben dem allgemeinen „friedlich und uneingeschränkt“ zu bestehen vermöge. Man könnte zu ihrer Unterstützung die Meinungen einiger Juristen anführen, welche in einzelnen Quellenzeugnissen ganz absolut das gleichzeitige Zusammentreffen von Eigenthum und Pfandrecht ausgesprochen finden. Beides zugleich solle zustehen<sup>199)</sup>:

1. Dem Mündel an den Sachen, welche der Vormund mit seinem Gelde angeschafft habe<sup>200)</sup>. In Wirklichkeit hat aber der Pupill bloss ein alternatives Recht, nämlich ein Pfandrecht oder eine utilis vindicatio<sup>201)</sup>. Ein directes Eigenthum steht ihm garnicht zu, denn die utilis vindicatio ist keineswegs der Ausdruck eines gesetzlich übergegangenen

---

198) Dernburg, II. p. 591.

199) v. Wenning-Ingenheim, p. 150. Bachofen, p. 94.

200) l. 7 pr. D. 20, 4 und l. 2 D. 26, 9.

201) Für eine cumulative Klagenconcurrentz entscheidet sich Bachofen, p. 94. Doch dürfte diese Ansicht auch durch v. Vangerow und neuerdings durch Dernburg, I. p. 325, genügend widerlegt sein (arg. elige utrum malis, l. 3. C. 5, 51).



Eigenthums; sie ist vielmehr eine gleichsam durch Gesetz cedirte Klage<sup>202</sup>). Daher kann sie auch nicht gegen Dritte angestellt werden, wie namentlich Ihering dargethan hat. Hierfür spricht besonders der Umstand, dass der Pupill auf ein Pfandrecht beschränkt ist, wenn ein Dritter, d. h. ein Anderer als der Vormund, Sachen mit seinem Gelde erstanden hat.

2. Der Ehefrau an den Dotalsachen<sup>203</sup>). Derselben steht in drei Fällen eine utilis vindicatio zu:

a. wenn der Ehemann, mit ihrem Geld beschenkt, Sachen angeschafft hat<sup>204</sup>);

b. wenn derselbe gegen die lex Iulia de adulteriis einen fundus dotalis veräußert hat<sup>205</sup>);

c. wenn sie nach Auflösung der Ehe die noch beim Ehemann befindlichen Dotalsachen zurückfordert. Die letztere erhielt sie<sup>206</sup>) mit der Wirkung, dass sie ein gegen alle vom Manne bestellten Hypotheken geschütztes, freies Eigenthum erlangte<sup>207</sup>).

---

202) Dernburg, II. p. 325; cfr. l. 3 pr. D. 27, 9; v. Vangerow, I. p. 852. Richtig schon Sintenis, p. 110; Fritz, p. 547. v. Jungenfeldt, p. 40, hält die utilis vindicatio nach dem Vorgange seines Lehrers v. Löhr für eine Pfandklage, was gewiss nicht zutrifft. Denn wenngleich letztere in l. 16 § 3 D. 20, 1 eine vindicatio pignoris genannt wird, so ist doch darunter nicht eine vindicatio utilis zu verstehen, cfr. Dernburg, I. p. 78, II. p. 289 und 290; cfr. l. 30 C. 5, 12. Das Wort vindicatio war für alle Arten von in rem actiones gebräuchlich, Puchta, Institutionen, I. p. 485. Windscheid, I. p. 551 Note 9, ist der Ansicht, dass der Pupill Eigenthum an den mit seinem Gelde vom Vormund angeschafften Sachen erwerbe, ebenso v. Vangerow, I. p. 900.

203) l. 30 C. 5, 12

204) cfr. l. 55 D. 24, 1; v. Vangerow, I. p. 651 sub c.

205) v. Vangerow, I. p. 397.

206) l. 30 C. 5, 12.

207) Ein Eigenthum wurde ihr wohl nicht zugesprochen, cfr. v. Jungenfeldt, p. 46 ff. A. A. Windscheid, l. c. Heisst es doch ausdrücklich „in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere.“ Einen anderen Text gibt Krüger „in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis“. Wie v. Jungenfeldt liest auch Dernburg, I. p. 382.



Mag man nun mit Dernburg annehmen, dass ihr nicht schon durch die l. 30 C. 5, 12 ein Specialpfand an den Dotalsachen, sondern erst ein Jahr später durch die l. 1 C. 5, 13 und l. 11 C. 5, 14 eine Legalhypothek am Vermögen des Gatten ertheilt wurde, jedenfalls gebührt auch ihr nur ein blosses Wahlrecht, die vindicatio utilis anzustellen oder das Pfandrecht geltend zu machen <sup>208</sup>).

3. Den Kindern an dem im Fall einer zweiten Ehe an sie fallenden Ehegewinn <sup>209</sup>). Theodos, Gratian und Valentinian verordneten 382: „Die Frau solle am Ehegewinn bloss den Genuss haben, denselben aber unverringert den Kindern erster Ehe hinterlassen müssen, falls sie zur zweiten Ehe schreite.“ Theodos und Valentinian dehnten diese Bestimmungen 439 auf den Mann aus <sup>210</sup>). Erst die Novelle 2 gab den Kindern Eigenthum an den *lucra nuptialia* vermöge eines *transitus legalis* <sup>211</sup>). Schon Leo hatte ihnen wegen derselben 469 eine Legalhypothek am Vermögen der Mutter ertheilt, Justinian schuf ein entsprechendes Recht an den Gütern des Vaters <sup>212</sup>).

---

208) Richtig schon Sintenis, p. 112 Note; Bachofen p. 35 Note 8.

209) l. 6 § 2 C. 5, 9.

210) Puchta, Institutionen, I. p. 402. v. Jungenfeldt, p. 40 ff., handelt nur von dem Fall, dass die Frau eine zweite Ehe eingehe. Dies scheint zu enge. Es sei hier gleich bemerkt, dass dieser Schriftsteller mit dem negativen Ergebniss unserer Untersuchung übereinstimmt. Den vorstehenden Fall erwähnt nur als einen sehr controversen Bachofen, p. 96 Note 10, der zugleich die Ansichten der älteren Autoren referirt.

211) Windscheid, II. p. 893; Arndts, p. 610; v. Vangerow, I. p. 424.

212) l. 8 § 3 C. 5, 9. Dernburg, I. p. 375 ff. Die Darstellung von Sintenis, p. 111 und 112, ist mir nicht verständlich. Einmal behauptet er, die Kinder hätten kein Pfandrecht neben dem Eigenthum, welches ihnen doch gewiss damals noch nicht zustand, erhalten, dann



Nachdem ihnen die Novelle 2 im Jahre 535 nun Eigenthum gegeben hatte, musste das Pfandrecht hinwegfallen, schon desshalb, weil die *lucra nuptialia* sich seitdem nicht mehr im Vermögen des überlebenden Gatten befanden, und doch nur, was diesem gehörte, von der Generalhypothek ergriffen werden konnte. Ein privilegiertes Pfandrecht stand den Kindern auch nicht zu, so fehlte es an jedem Interesse, eine Ausnahme zu statuiren. Da nun aber die Generalhypothek eben alle verpfändbaren Objecte und Gerechtsame, die im Augenblick der Verpfändung zum Vermögen des Schuldners gehören, umfasst<sup>213)</sup>, so müssen wir annehmen, dass das Niessbrauchsrecht der Gatten unter dieselbe fiel, weil dieses im Vermögen der Eltern war und wenigstens der Ausübung nach verhypothecirt werden konnte. Dasselbe vermittelt restrictiver Interpretation von dem Legalpfandrecht auszuschliessen, dürfte wohl ebensowenig der *ratio legis*, welche den Vorkindern eine Wohlthat erweisen wollte, als den Intentionen Justinian's überhaupt entsprechen, welcher die Mündel zu begünstigen pflegte.

Es liegt also nicht zugleich ein volles Eigenthum und ein volles Pfandrecht vor, wohl aber der Fall eines Pfand-

---

gesteht er ihnen wieder ein Pfandrecht zu: „es ist den Kindern für die Erhaltung der ihnen pfandweise haftenden Sachen eine besondere Sicherheit bestellt“, und schliesslich behauptet er: „Gründlichere Forscher haben den Kindern niemals ein Pfandrecht an den *lucra nuptialia*, welche wegen des Niessbrauchs in den Händen des überlebenden Ehegatten, der sich wieder verheirathet, bleiben, wegen derselben und zwar neben denselben an dem Gesamtvermögen des letzteren eingeräumt.“ Uebrigens scheint es verkehrt, wenn er bei der Interpretation der l. 6 § 9 C. 5, 9 *supra* mit folgendem Ablativ in der Bedeutung von *ausser* nimmt; classischer Sprachgebrauch ist dies gewiss nicht. Als Adverb gefasst passt es ebensowenig.

213) Dernburg, I. p. 504 sub I und die folgenden Seiten.



rechts an der eigenen dinglich beschränkten Sache, nur nicht zu Eigenthumsrecht, sondern zu Niessbrauchsrecht.

Das Gleiche muss offenbar eintreten, seit Justinian den Kindern wegen Restitution der von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten angefallenen Adventicien <sup>214</sup>), die im Nutzgenuss und in der Verwaltung des Hausvaters stehen, eine Legalhypothek gab <sup>215</sup>).

4. Dem Pfandnehmer an der ihm zu Eigenthum zugesprochenen Sache während des biennium lutionis. Es steht ihm frei, inzwischen als Pfandgläubiger zu veräussern. Kaum bedarf es der Bemerkung, dass auch hier bloss eine alternative Berechtigung vorliegt <sup>216</sup>).

5. Dem Legatar an der vermachten Sache <sup>217</sup>). Das Pfandrecht des Vermächtnissnehmers hat nur diejenigen Vermögensstücke zum Gegenstande, welche der Onerirte unmittelbar vom Erblasser empfing <sup>218</sup>). Da aber die legirte res propria testatoris „nunquam factum heredis“ ist, sondern „recta via“ auf den Honorirten übergeht <sup>219</sup>), so ist sie nicht vom Pfandnexus bestrickt.

Die Behauptung, dass das Pfandrecht auch dann neben dem Eigenthum zu existiren vermöge, wenn es keine Befugniss verleihe, die nicht schon aus jenem hervorfliesse, lässt sich daher durch Quellenzeugnisse nicht erhärten.

---

214) l. 8 § 4 C. 5, 9; Dernburg, I. p. 375.

215) Die bona materna fielen seit 319, die bona materni generis seit 395 den Kindern zu; Puchta, Institutionen, I. p. 386. Der Fall wird nicht erwähnt von v. Wening-Ingenheim, p. 150; v. Jungenf eldt, p. 41 ff.; Sintenis, weder p. 111 noch p. 305; von Vangerow, I. p. 900; Buchka, p. 8.

216) von Jungenf eldt, p. 20, Dieser Autor sagt zwar: „Das Pfandrecht werde als fortdauernd behandelt, dauere nicht fort.“ In der Sache selbst ist er indess übereinstimmend; es handelt sich bloss um die Formulirung.

217) von Jungenf eldt, p. 50.

218) Dernburg, I. p. 332.

219) l. 80 D. leg. II.



Das „Axiom“ aber, jenes müsse stets erlöschen, sobald es mit diesem in einer Hand zusammentreffe, ist, wie ich zu zeigen versuchte, ebensowenig haltbar. Es kann auch durch die l. 9 pr. D. 20, 6 nicht bewiesen werden, welche zum Schluss noch erläutert werden mag.

l. 9 pr. 20, 6. Titius Sempronio fundum pignori dedit et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. quaero, an venditione interposita ius pignoris extinctum sit ac per hoc ius solum emptionis apud ambos permanserit. Modestinus respondit dominium ad eos de quibus quaeritur emptionis iure pertinere: cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pigneraticiam actionem eos non habere (Modestinus).

Titius, der ein Grundstück zunächst an Sempronius, dann an Gaius Seius verpfändet hatte, verkauft diesen Creditoren die Pfandsache zu Miteigenthum. Da jeder dem Verkauf an den anderen zustimmte, so hat er nach allgemeinem römischen Principe für dessen Antheil auf sein Pfandrecht verzichtet. „Invicem“, d. h. gegeneinander, haben sie die Pfandklage nicht, sagt Modestin. Dass aber auch das Pfandrecht eines jeden an der eigenen rata wegen Confusion erloschen sei, bemerkt der Jurist nicht <sup>220</sup>).

---

220) Dies nimmt an von Jungenfeldt, p. 35 ff., beistimmend Fritz, p. 547 Note 354. Ebenso willkürlich behauptet Francke, p. 111, dass dasselbe durch Verzicht untergegangen sei, nach der merkwürdigen Regel, „dass der Gläubiger, welcher eine ihm verpfändete Sache wissend, dass sie ihm verpfändet worden, vom Schuldner selbst auf irgend eine Art erwirbt, sein Pfandrecht daran in der Regel verliert, weil zu jedem Erwerbe sein Consens erforderlich ist.“ Derselben Ansicht huldigt Sintenis, p. 99. Man kann aber auch nicht mit von Wenning-Ingenheim, in der Entscheidung Modestin's einen Beweis gegen das regelmässige Eintreten der Confusion finden, da aus diesem Grunde der Untergang des Pfandrechts für den Miteigenthümer an dem ideellen



§ 5.

## DIE ANSICHTEN DER SCHRIFTSTELLER ÜBER DAS PFANDRECHT AN DER EIGENEN SACHE.

Bis zu Anfang dieses Jahrhunderts scheint die Frage, ob es ein Pfandrecht an der eigenen Sache gebe, selten aufgeworfen und noch seltener einer eingehenden Untersuchung für würdig erachtet worden zu sein. Von dem Grundbegriff aus, dass das Eigenthum schrankenlose, willkürliche Gewalt über eine körperliche Sache verleihe, liess sich eine Erweiterung des Machtinhalts an der eigenen Sache überhaupt nicht denken<sup>221</sup>). Dazu kam, dass man das Pfandrecht als ein begrifflich-accessorisches Recht auffasste, eine Befriedigung aus der eigenen Sache aber ebenso unmöglich erscheinen musste<sup>222</sup>). Von Wening-Ingenheim, Professor zu Landshut, war es, der zuerst, durch ein practisches Interesse getrieben, das in den Quellen ausgesprochene Bestehen eines Pfandrechts an der eigenen Sache kühn proclamirte, ohne indess mit den alten Definitionen der dinglichen Rechte zu brechen: er nahm seine Zuflucht zur Billigkeit. Es kann daher nicht auffallen, dass bald Gegner auftraten, welche auf den logischen Widerspruch hinwiesen. „Wie sollte es wohl vorkommen können“, ruft von

---

Theile des anderen nicht folgen konnte. Von Wening ist daher nicht zur Anwendung des *argumentum e contrario* berechtigt, weil der Jurist alles und jedes Gewicht auf den Consens lege. Modestin ist es nur darum zu thun, das im Text besprochene Princip zur Geltung zu bringen. Von Wening-Ingenheim, p. 147 und 148. Richtig Bachofen, p. 93 Note 14.

221) Die Unmöglichkeit eines Pfandrechts an der eigenen Sache nimmt als etwas Selbstverständliches an Voet, Comm. ad l. 29 D. 13,7. Die einschlägigen Werke von Cuiacius waren mir nicht zugänglich; cfr. Bachofen, p. 87; Glück, Commentar XVIII. p. 168.

222) cfr. namentlich Glück, l. c.



Jungenfeldt<sup>223)</sup> aus, „dass dem Eigenthümer aus einem andern Grunde, als weil er Eigenthümer ist, und nur in Gefolge eines besonderen Rechts, die Veräusserungsbefugniss zustehe, und wie sollte er durch die Veräusserung seiner eigenen Sache seine Forderung zu realisiren im Stande sein?“ Dieser Autor erkennt an, es habe der Pfandgläubiger nicht allein Vorzüge vor dritten Besitzern, sondern auch vor späteren Pfandgläubigern anzusprechen, und es begreife sich, dass er diese nicht verlieren könne, wenn er Eigenthümer werde. Darum werde er geschützt und im Verhältniss zu den späteren Pfandgläubigern so behandelt, als wenn das Pfandrecht noch fort dauere. So trete derjenige, welcher eine verpfändete Sache kaufe und sich das Pfandrecht ausbedinge, in die Vorrechte des Pfandgläubigers<sup>224)</sup> ein.

Zugleich sei er natürlich dem Successionsrecht der Nachhypothekare ausgesetzt. Dieselben Bestimmungen sollen die l. 17 D. 20, 4 und die l. 1 C. 8, 19 enthalten<sup>225)</sup>. Im Falle

223) von Jungenfeldt, p. 16. Nach seiner Mittheilung haben schon die Glossatoren über die Eigenthümerhypothek geschrieben.

224) Dieser Schriftsteller gibt hier ein Beispiel geistloser Interpretation. Der abfindende Darleiher erhalte in der That das Pfandrecht der Abgefundenen, denn in der l. 12 § 8 D. 20, 4 und l. 1 C. 8, 18 werde dies ausdrücklich zugestanden (*pignori hypothecae, pignus obligatur etc.*). Dies sei aber zugleich ein Beweis, dass der Käufer, welcher sich die Tilgung der auf dem Kaufobject lastenden Pfandrechte mit dem Kaufpreis ausbedinge, kein Pfandrecht erwerbe, da die l. 3 C. 8, 18 nur sage: *in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.* Noch mehr falle folgender Unterschied in's Gewicht: Die l. 3 D. 20, 3 spreche von einem *in ius pignoris succedere*, die l. 3 C. 8, 18 bloss von einem *in ius succedere*. Uebrigens erscheint ihm auch das Pfandrecht des abfindenden Darleihers als eine Besonderheit, welche die späteren Kaiser aus Gründen der Billigkeit zugestanden hätten. Und doch ist die l. 3 C. 8, 18 bloss 15 Jahre später als die l. 1 eod. erlassen, zu einer Zeit überdies, als noch der grosse Ulpian Einfluss auf die kaiserliche Gesetzgebung übte († 228).

225) Er nimmt also auch eine *successio creditoris in ipsius locum* an, wie Francke.



der l. 61 pr. D. 36, 1 werde das Pfandrecht als nicht untergegangen behandelt, da die Erbschaftsantretung als eine Formalität betrachtet worden sei. Unbequemer ist ihm die l. 30 § 1 D. 44, 2, weil sie nicht bloss eine Einrede, sondern eine Klage gestattet. Doch auch dies verschlägt nichts, denn die Klage ist keine directa, sondern eine utilis ficticia. Die Willkürlichkeit der von Jungenfeldt'schen Auslegung liegt auf der Hand<sup>226)</sup>. Solche Fälle<sup>227)</sup>, in denen das dingliche Recht, obschon es zu existiren aufgehört habe, dennoch als fortbestehend behandelt würde, zeigten sich im römischen Rechte öfters, z. B. in Folge der lex Falcidia, des beneficium inventarii, separationis, abstinendi, der bonorum possessio, querela inofficiosi, des S.C. Pegasianum. Allein wer sieht nicht, dass hier entweder ein bloss rechnungsmässiges Fortbestehen oder eine unvollständige, rückwärts hin aufgehobene Confusion oder eine Wiederherstellung, ein Wiederaufleben vorliegt? Wenn sich aber die Behauptung erhärten liesse, dass die römischen Juristen überall da, wo sie den Eigenthümer mit pfandrechtlichen Schutzmitteln ausstatten, ihm nicht wirkliches Pfandrecht zuerkennen, sondern ihn bloss als Pfandgläubiger behandeln, so hätten wir doch ein Symptom der noch nicht zum vollen Bewusstsein der Zeitgenossen gelangten Rechtsentwicklung vor uns. Der gereifere Blick der Späteren müsste über die Ansichten oder auch über die Aussprüche der oft mit zähen Mächten des practischen Lebens kämpfenden Rechtsproducenten hinaus in den Kern der Sache dringen und die Erscheinung als das, was sie ist, anerkennen<sup>228)</sup>, cfr. Sintenis, p. 110 Note 1.

---

226) Büchel, p. 208, hat nachgewiesen, dass auch aus materiellen Gründen diese Annahme einer actio utilis fictitia verworfen werden muss. cfr. Dernburg, I. p. 78.

227) von Jungenfeldt, p. 10.

228) Im Wesentlichen beistimmend Fritz, p. 545—547. Er ge-



So war denn auf dem Wege, welchen von Jungenfeldt einschlug, keine Lösung zu gewinnen. Die Schwierigkeiten, welche die bisherigen sachenrechtlichen Definitionen in den Weg stellten, waren umgangen, nicht weggeräumt.

Am schärfsten war sich Puchta der Unverträglichkeit einer totalen und einer partiellen dinglichen Herrschaft bewusst.

Er hat mit rücksichtsloser Consequenz jeden Versuch einer Vereinigung zurückgewiesen. „So roh“<sup>229)</sup>, sagt er, „ein Pfandrecht an der eigenen Sache zu statuiren, verfahren die römischen Juristen nicht. Sie halten vielmehr die Regel fest, und lassen den Erwerb des Eigenthums fallen, sie erhalten dem Käufer das Pfandrecht, indem sie das Geschäft nicht als Kauf, sondern als Darlehn zur Abfindung des Vorgängers interpretiren.“ Allein diese Auslegung ist gewaltsam, sie findet zwar kraft gesetzlicher Bestimmung dann statt, wenn ein Bürge oder ein späterer Pfandgläubiger im Pfandverkauf die Sache ersteht; ihre Ausdehnung aber auf den Fall, dass ein Dritter die Pfandsache unter Vorbehalt der Pfandrechte oder der Pfandgläubiger sie ankauft, widerspricht der Redeweise der Quellen. Und wie, wenn der

---

steht dem Eigenthümer, wenn nur durch Confusion sein Pfandrecht erloschen, *exceptio, actio hypothecaria, ius offerendi et succedendi* zu, gewährt letzteres auch gegen ihn; aber nur in dieser Beziehung werde er als Pfandgläubiger behandelt. Veräußern könne er nicht. Ein uneigentliches Pfandrecht an eigener Sache tritt ihm in den Fällen des *beneficium separationis, abstinendi, in integrum restitutionis* entgegen.

229) Puchta, Institutionen, II. p. 266; Pandecten, p. 310. Die Neueren verwerfen desshalb den Puchta'schen Ausweg, cfr. Arndts, p. 570 in der Anmerkung; Windscheid, I. p. 813 Note 27. Uebrigens geräth Puchta mit sich selbst in Widerspruch, da er ja, wie bemerkt, die Möglichkeit von Servituten an der eigenen Sache anerkennt.



Eigenthümer ein Pfandrecht oder der erste Hypothekar das Pfandobject erwirbt?

Vermöge einer eigenthümlichen Definition entgingen dem Widerspruch Büchel und Bachofen. Der erstere, welcher bekanntlich das Pfandrecht für eine „obligatio rei in securitatem crediti constituta<sup>230)</sup>“ erklärte, musste die Widersinnigkeit entfernen, welche darin zu liegen scheint, dass Jemandem neben der allgemeinen dinglichen Herrschaft über ein Subject noch eine besondere obligatorische zugeschrieben wurde. Er holte seinen Beweis aus dem positiven Recht her<sup>231)</sup>. Wie der Prätor bisweilen aus Gründen der *aequitas* eine *naturalis obligatio* zwischen dem Slaven und dem Herrn anerkenne, so müsse auch manchmal die Sache, die als verpflichtungsfähiges Subject betrachtet würde, dem Eigenthümer obligatorisch unterworfen werden können; sei es doch für ihn von Interesse, einen Schutz gegen fremde Forderungsrechte zu gewinnen, welcher ihm aus dem blossen Eigenthum nicht zukomme.

Eine theoretische Rechtfertigung ersparte sich Bachofen, welcher das Pfandrecht für identisch mit der Pfandklage hielt<sup>232)</sup>.

Schon Cuiacius, Gesterding und Faber<sup>233)</sup> hatten dem Eigenthümer, der durch den Untergang seines wegen Confusion erloschenen Pfandrechtes zu Schaden kommen könnte, ausnahmsweise eine Pfandklage zugestanden. Diese Singularität der Annahme einer Klage ohne Recht vermeidet natürlich Bachofen vermöge seiner Theorie, welche sich vielleicht gerade bei der Betrachtung derjenigen Fälle ihm dar-

---

230) Büchel, p. 120.

231) Derselbe, p. 201 ff.

232) Dernburg, I. p. 123.

233) Bachofen, p. 88 Note 5; Francke, p. 115 Note 59.



bot, in denen die Römer die ausserordentliche Erscheinung eines Pfandrechts an der eigenen Sache zu statuiren schienen. Namentlich die l. 30 § 1 D. 44, 2 erklärte sich so sehr gut. Bei der Auslegung der l. 1 C. 8, 19 aber versagt die Bachofen'sche Theorie vollständig. Der Pfandgläubiger war durch Aufrechnung des Kaufschillings gegen die Pfandforderung befriedigt, und es hätte also dem strengen Wortlaut der Formel nach Untergang der Pfandklage<sup>234)</sup>, also des Pfandrechts, eintreten müssen. Und doch deuten die Worte „res obligatas audieris“ und „si quod debitum est, obtuleris“ klar genug auf eine Fortdauer desselben hin<sup>235)</sup>.

So unhaltbar nun auch der Pfandrechtsbegriff Bachofen's ist, so allgemein er auch verworfen wird, so haben doch einige neuere Schriftsteller, welche die Möglichkeit eines Pfandrechts an der eigenen Sache nicht anerkennen, bei der Erklärung der anstössigen l. 30 § 1 D. 44, 2 auf ihn zurückgegriffen: Brinz<sup>236)</sup> und Keller<sup>237)</sup>.

Von einer Unverträglichkeit von Pfandrecht und Eigenthum könnte keine Rede sein, wenn sich ersteres als ein zu einem ideellen unbestimmten, aber bestimmbareren Theil be-

---

234) Durch die geschickte Benutzung dieser Stelle zur Polemik gegen Francke's Behauptung, dass wer wissentlich Eigenthum an der ihm verpfändeten Sache erwerbe, auf sein Pfandrecht verzichte, entgeht Bachofen den Bedenken, welche bei voller Würdigung des Gesetzes gegen seinen Begriff sich ergeben mussten.

235) Bachofen, p. 93 Note 14, nimmt an, dass die Hypothek erloschen sei, dem Eigenthümer aber eine exceptio doli gebühre. Beide Behauptungen entbehren der Begründung.

236) Brinz, Pandecten, p. 302 und 303, welcher sich im Uebrigen an Puchta anschliesst. Letzterem folgt auch von der Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, p. 236. Brinz soll neuerdings eine Eigenthümerhypothek annehmen, dagegen Schlossmann sich entscheiden. cfr. Hartmann, p. 53 Note 48.

237) Hartmann, p. 41.



dingt veräussertes Eigenthum enthüllte <sup>238</sup>). Vielleicht ist Goldschmidt gerade von der Definition Bachofen's aus auf die seinige gekommen. Wenn nämlich das Pfandrecht bloss in der Pfandklage besteht, das Veräusserungsrecht aber unwesentlich ist <sup>239</sup>), was für ein Zustand soll dann eintreten, nachdem der Eigenthümer die actio hypothecaria glücklich durchgeführt hat? Man hat hier nur zwischen zwei Alternativen die Wahl, entweder man entscheidet sich für Eigenthum oder man geht auf die Suche nach einer neuen Categorie von Sachenrechten.

Dass aber die Hypothek des römischen Rechts nicht als Eigenthum betrachtet werden darf, dürften folgende Erwägungen ergeben.

Die reservatio dominii wäre ein überflüssiges, die dominii impetratio ein sinnloses Institut. Wie wesentlich sich indess die letztere vom Pfandrecht unterschied, beweist die l. 2 D. 27, 9. Der Gedanke, ein Gläubiger habe Pfandrecht beim Verkauf, ein Käufer Eigenthum erworben, wird durch die Worte: cum dominio pignus quaesitum est ausgedrückt. Der Jurist würde denselben offenbar besser getroffen haben, indem er gesagt hätte: „dominium pro parte pure, pro parte sub condicione quaesitum est“, wenn er der von Goldschmidt vertretenen Ansicht gehuldigt hätte <sup>240</sup>).

Mehr aber als diese Ausdrucksweise fällt in's Gewicht, dass bei der Retention des Pfandrechts ganz andere Grundsätze eintreten hinsichtlich des Separationsrechts, der Gültigkeit des Geschäfts, des Verhältnisses zu den Nachhypotheken

---

238) Goldschmidt, p. 10 ff.

239) Bachofen, p. 95.

240) Noch schärfer spricht l. 1 § 4 D. 27, 9 gegen die Meinung Goldschmidt's, cfr. Dernburg, I. 278.



als bei der Reservation des Eigenthums <sup>241)</sup>). Endlich wozu der Verkauf der ganzen Pfandsache? Ueberschreitet nicht geradezu der Pfandnehmer seine Befugniss, welcher mehr als den ihm „bedingt veräusserten ideellen unbestimmten, aber bestimmbar“ Theil verkauft? Müsste nicht das Petitum nach neuerem Recht auf gerichtliches Theilungsverfahren anstatt auf gerichtlichen Verkauf gestellt werden?

So konnten denn die neuen Definitionen des Pfandrechts keine Hülfe bringen, da sie falsch waren. Das Eigenthum liess sich auch nicht hinwegleugnen, ohne den Worten des Juristen Paulus, des Kaisers Alexander Gewalt anzuthun. Man verfiel wieder dem anderen Extreme und verwarf das Pfandrecht. Die Fortdauer einiger pfandrechtlichen Wirkungen aber nach der Vereinigung mit dem Eigenthum war zu deutlich ausgesprochen, als dass sie hätte verkannt oder in Abrede gestellt werden können. Zwei Schriftsteller haben den Versuch gemacht, dieselben als blosse Eigenthumsbefugnisse aufzufassen.

I. D e r n b u r g <sup>242)</sup>). Er hat die Idee vom pfandrechtlich verstärkten Eigenthum aufgestellt. „Die Fortificationen, die einst das Pfandrecht vertheidigten, sind jetzt in die Hände des Eigenthümers übergegangen.“ Dieselbe steht zunächst in Widerspruch mit dem von ihm gegebenen Eigenthumsbegriff <sup>243)</sup>). Wenn das Eigenthum die „vollkommene Herrschaft über eine körperliche Sache“ ist, so lässt sich doch eine Stärkung desselben schlechterdings nicht denken <sup>244)</sup>). Doch

---

241) D e r n b u r g, I. p. 280 und 281.

242) Derselbe, II. p. 567 ff. Ihm ist beigetreten Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, p. 1.

243) D e r n b u r g, I. p. 272.

244) Die Ansicht vom pfandrechtlich verstärkten Eigenthum findet sich wohl im Keime schon in der Glosse: „Non ut rem habeas obligatam,



prüfen wir, durch welche Mittel, mit welcher Wirkung diese Steigerung eintreten soll. Hier müssen zwei Fälle unterschieden werden:

1. Ein dritter Käufer erwirbt Pfandrecht und Eigenthum zugleich unter Abfindung eines Vorhypothekars.

l. 3 C. 8, 18: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emississe te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes (Alexander).

l. 17 D. 20, 4. Eum qui a debitore suo praedium comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit (Paulus).

Der Ausdruck der l. 3 C. 8, 18 „in ius eorum successisti“ bedeutet nach Dernburg <sup>245)</sup>: „Das Eigenthumsrecht des Abfindenden soll eine dem getilgten Pfandrecht gleiche Stellung einnehmen“, namentlich in den Rang desselben einrücken: „der Rang aber eines Pfandrechts ist kein eigenes, selbstständiges Recht, kein Gegenstand des Commerciums, sondern eben nur eine Eigenschaft, eine Qualität des Pfandrechts, die eine besondere Veräußerungsfähigkeit nicht besitzt“ <sup>246)</sup>. Gleich hier begegnet eine Singularität. Doch weiter. Es bewahrt sich der Eigenthümer diese bevorzugte Stellung durch folgende exceptio oder replicatio: „si Lucius Titius, cui ante pignoris nomine res fuit obligata, Ni Ni pecunia dimissus non est“ <sup>247)</sup>. Das Eigenthum an sich verleiht ihm keinen Schutz!

---

sed ut te tueri possis contra omnes ut ipse poterat.“ cfr. von Wenning-Ingenheim, p. 139.

245) Dernburg, II. p. 515 ff.

246) Derselbe, II. p. 475, ähnlich p. 415, cfr. p. 517.

247) Dernburg, II. p. 515. Anders construirt von Wenning-Ingenheim die Einrede: „si non mihi ante pignoris hypothecaeve



Für diesen Vorzug muss sich der Käufer nun gefallen lassen, dass die Nachhypothekare durch Auszahlung der Abfindungssumme ihm seine Einrede, sein Eigenthum rauben. Dem Schuldner ist die Vergünstigung des Auskaufs versagt. Die Anomalien häufen sich. Hat der Käufer einen Nachhypothekar abgefunden, so succedirt er, falls er Vorhypotheken, die auf der Sache lasten, tilgt, in die Priorität des Vorhypothekars. Also ein *ius succedendi et offerendi* ohne Pfandrecht!

Die gleiche Ansicht trägt Dernburg<sup>248)</sup> für den Fall vor, dass ein Vorpandgläubiger die Sache vom Pfandnehmer kauft<sup>249)</sup>.

2. In jenen Fällen fand Tilgung der versicherten Forderung statt. Wenn nun aber letztere beim Erwerb des Eigenthums gar nicht in Berücksichtigung kam, so soll sich zu jenen Wirkungen, welche das confundirte Pfandrecht gleichsam wie letzte Wellenschläge noch zurückwirft, wegen der Fassung der formula noch die *actio hypothecaria* gesellen können<sup>250)</sup>. Dernburg nimmt also eine Pfandklage ohne Pfandrecht an, huldigt hier der Theorie Bachofen's, welche ihm doch „kaum fasslich“ ist<sup>251)</sup>.

---

*nomine sit res obligata*“, p. 138, 139, 140, unter Berufung auf die l. 12 pr. D. 20, 4. Es ist auffallend, dass der abfindende Käufer im Unterschiede vom Darleiher nicht nöthig hatte neben der Auflage der Verwendung des Geldes zur Befriedigung des Pfandgläubigers sich noch besonders den Uebergang des Pfandrechts auszubedingen, l. 3 D. 20, 3. Offenbart sich in dieser Bestimmung nicht recht augenscheinlich die Schutzbedürftigkeit desjenigen Eigenthums, welches durch Pfandrechte beschränkt ist?

248) Dernburg, II. p. 526.

249) l. 1 C. 8, 19. Er erblickt also in diesem Gesetze eine dem Vorpandgläubiger ertheilte Gunst, cfr. oben § 4.

250) Dernburg, II. p. 570 ff.

251) Derselbe I. p. 123. „Dass die Klage dem Pfandgläubiger nicht zu dem Zwecke zustände, die Ausübung pfandrechtlicher Befugnisse vor-



Die Ansicht Dernburg's führt zu weiteren Unzuträglichkeiten. Wie wenn der *tertius creditor* dem Eigenthümer offerirt? Muss man ihm nicht die Verkaufsbefugniss absprechen, welche bloss dem Vorhypothekar gebührt? <sup>252)</sup> Oder sollte seinetwegen das untergegangene Pfandrecht des Eigenthümers wieder aufleben?

Wie ferner, wenn der Eigenthümer veräussert? Kann er sich die *actio hypothecaria* vorbehalten? Durch die Versagung dieser Befugniss würde Dernburg mit der Billigkeit in Widerspruch gerathen, welche er immerfort zur Hülfe des Eigenthümers herbeiruft. Kann auch der volle Successor des Eigenthümers dessen Einreden und Klagen für sich geltend machen? Diese Fragen sind unerörtert geblieben.

II. Von derselben Grundansicht wie Dernburg ausgehend, hat Bremer <sup>253)</sup> vor allem die Inconvenienzen, welche sich aus der Anerkennung einer *actio hypothecaria* ergeben, zu vermeiden gesucht. Paulus, behauptet er, gestatte zwar dem Namen nach in der l. 30 § 1 D. 44, 2 die Pfandklage dem Mävius, in Wirklichkeit aber „dem sachlichen Gedanken nach“ die *actio negatoria*. Allein diese, auf blosse Abwehr von Beeinträchtigungen gerichtet, hätte den verlorenen Besitz der Pfandsache nicht wieder verschaffen können.

So blieb auch der Ausweg verschlossen, die Existenz des Pfandrechts in jenen Fällen zu leugnen. Alle Möglichkeiten der Ausflucht waren erschöpft, und

---

zubereiten, sondern um das Eigenthumsrecht des früheren Hypothekars zu schützen“, wäre immerhin gleichgültig, weil der Zweck eines Rechts nicht über seine Natur entscheidet. Ihering, l. c. p. 452 ff.

252) Dernburg, II. p. 483. Anderer Ansicht Windscheid, I. p. 788.

253) Bremer, Hypothek und Grundschuld, p. 50–53, p. 84. So berichtet wenigstens Hartmann, p. 42. Die Schrift Bremer's selbst war mir nicht zugänglich. In seinem Werke über das Pfandrecht und die Pfandobjecte trägt er die neuerdings gewöhnliche Meinung vor, p. 147 g. E.



da man sich zu einer Reform der Begriffe der dinglichen Rechte nicht entschloss, mussten Ausnahmen aufgestellt werden. Man ging also auf die Ansicht von Wening-Ingenheim's zurück.

Inzwischen hatten einige Autoren, welche der letzteren im Ganzen treu geblieben waren, die Zahl der Anomalien zu beschränken gesucht. Von Wening hatte nach Balduin's Vorgang <sup>254)</sup> die Regel aufgestellt, dass <sup>255)</sup>

a. wenn ein creditor das Eigenthum des Pfandes vom Schuldner erwerbe, die Wirksamkeit seines Pfandrechts rücksichtlich der übrigen Pfandgläubiger fortbestehe;

b. wenn Jemand das Pfandrecht eines durch ihn abgefundenen Creditors erhalte, letzteres in gleicher Art fort-dauere.

Francke <sup>256)</sup>, von der intentio <sup>257)</sup> der formula hypothecaria ausgehend, behauptete: ein Pfandgläubiger, der in Wissenschaft seines Pfandrechts Eigenthum an der Pfandsache erwerbe, verzichte auf sein Pfandrecht, weil im Eigenthums-erwerb eine satisfactio liege, die satisfactio aber eine solutio in sich begreife <sup>258)</sup>. Nur ausdrücklicher Vorbehalt könne den Untergang des Pfandrechts aufhalten <sup>259)</sup>. Denn unter dieser Voraussetzung wolle der Erwerber nicht sowohl

---

254) Francke, p. 109 Note 56.

255) v. Wening-Ingenheim, p. 149.

256) Francke, p. 107 ff.

257) Francke redet immerfort von einer intentio der Pfandklage. Die actiones in factum hatten aber gar keine eigentliche intentio, sondern nur eine designatio rei de qua agitur, cfr. Puchta, Institutionen, I. p. 495.

258) Er zieht die satisfactio im Unterschied von den Neueren nicht in die Formel hinein, p. 118, lässt dieselbe aber in der solutio enthalten sein.

259) Francke baut seine Argumentation auf die l. 6. D. 20, 5 auf. Er findet in ihr die Absicht der Parteien ausgesprochen, während sie doch eine gesetzliche Interpretation derselben enthält.



Eigenthum als vielmehr Sicherheit seiner Hypothek <sup>260</sup>). Francke verlangt also die Abwesenheit eines weit präsumirten Verzichtes: solche Vermuthung kann aber in dieser Breite nicht aufrecht erhalten werden, wie Dernburg, II. p. 573, Arndts, p. 570, Windscheid, I. p. 814, Note 30, Sintenis, p. 100, mit Recht bemerken.

So wenig wie solch' allgemeiner Verzicht, sagt Letzterer, sei aber eine Verträglichkeit von Pfandrecht und Eigenthum anzunehmen. Denn es widerstrebe offenbar der Natur der Rechte an Sachen, wohin die dinglichen Forderungsrechte, also das Pfandrecht <sup>261</sup>), gehören, das Zusammentreffen eines wahren, wirklichen Pfandrechts in der Person desjenigen anzunehmen, der sein Pfandrecht kenne, mithin ein eventuelles Forderungsrecht auf die Sache und das Eigenthumsrecht an ihr zugleich. Das Eigenthum könne dann mit dem Pfandrecht in der Person desselben so wenig verbunden werden, als Jemand sein eigener Schuldner sein könne <sup>262</sup>). Hieran könne auch der Parteiwille nichts ändern <sup>263</sup>). Aber die Billigkeit erheische, dass bei Mangel oder Verlust der satisfactio der Gläubiger gegen einen vielleicht betrügerischen Schuldner geschützt werde. Allein das Pfandrecht dauere dann desswegen nicht fort, aber die satisfactio dürfe nicht geraubt werden. Diesem Billigkeitspostulat ist volle Genüge geschehen durch eine Einrede <sup>264</sup>),

---

260) Es findet sich also im Grunde schon die von Puchta aufgestellte Ansicht, welche nur der scharfen Durchführung dieses Juristen entbehrt. Francke begeht den Fehler, vor dem Dernburg, I. p. 81, und Buchka, p. 16, warnen.

261) Sintenis erklärt gleich v. Vangerow, I. p. 55, das Pfandrecht für ein dingliches Forderungsrecht, p. 5 ff., das Pfand für eine res omnis pro debito obligata, p. 14.

262) Sintenis, p. 103.

263) In den l. l. 2, 5 § 1 und 6 D. 20, 5 tritt ihm ein bedingt widerrufliches Eigenthum entgegen, p. 107.

264) Eine solche Einrede, daneben das ius succedendi ohne Pfand-



durch welche nicht nur der besitzende Eigenthümer die Pfandklage des Nachhypothekars schlägt, sondern auch der vindicirende Eigenthümer in Form einer Replik gegen die Einrede des Pfandrechts sich zu wehren vermag. Hat er aber das Anbringen derselben versäumt, so ist er schutzlos, da die Eigenthumsklage nicht wiederholt werden kann, die Pfandklage aber versagt ist<sup>265)</sup>. Diese Folgerung zieht Sintenis auch ungestört, ohne sich des Widerspruchs bewusst zu werden, in welchem sie zu seinem Billigkeitsprincipe und zur l. 30 § 1 D. 44, 2 steht.

Der verkehrte Ausgangspunkt führt auf weitere Irrwege. Da die *aequitas* den Grund des Schutzes bildet, welchen der Gläubiger gegen den betrügerischen Schuldner geniessen soll, so darf ersterer keine Kenntniss von der Existenz nachfolgender Pfandrechte gehabt haben: „Die Unbekanntschaft“, sagt Sintenis, „muss vorhanden gewesen sein in den Fällen, in welchen die römischen Juristen jene Einrede gewährten, denn nur auf Grund derselben hat so, wie geschehen, entschieden werden können“<sup>266)</sup>. Die Argumentation dreht sich im Kreise.

Sintenis übersieht, dass es sich nicht sowohl um einen Schutz gegen den Schuldner als vielmehr gegen die Nachhypothekare handelt<sup>267)</sup>. Jener würde doch durch seine Haftung für Eviction Schaden leiden, diese einen rechtlich grundlosen Gewinn machen.

Auch müsste sich nach seiner Ansicht das *ius succedendi et offerendi* ganz anders gestalten. Dürfte nicht der abfindende

---

recht gab auch Löhr; cfr. v. Wening-Ingenheim, p. 139. Ueber die Natur derselben, ob sie in rem oder in personam ging u. s. w., gibt Sintenis keinen Aufschluss.

265) Anders freilich im römischen Formularprocess, Gaius, IV. 125.

266) Sintenis, p. 107.

267) Hartmann, p. 49.



Käufer einer Pfandsache, dem der Schuldner dolos die Existenz von Nachhypotheken verschwieg, vom Gesichtspunkt der Billigkeit aus Anspruch auf Ersatz des ganzen Kaufschillings erheben<sup>268)</sup>? Die Auslegung Sintenis' der l. 1. 3 C. 8, 18; 17 D. 20, 4 und 1 C. 8, 19 muss daher ebenso verworfen werden, als die zu gleichen Ergebnissen gelangende Dernburg's<sup>269)</sup>. Dagegen erkennt er im Falle der l. 30 § 1 D. 44, 2 ein Pfandrecht an, es ist ihm eine regelwidrige Erscheinung, die nur dadurch erklärt werden könne, dass der Gläubiger, welcher in Unkenntniss seines Pfandrechts die Sache erwerbe, nothwendig vom Schuldner betrogen sein müsse<sup>270)</sup>. Die ganze Darstellung dieses Schriftstellers zeigt zugleich das Bestreben, in den Ausnahmefällen, in welchen die Römer ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannten, wenigstens den accessorischen Character desselben zu retten.

Derselbe Zweck schwebt den Ausführungen Buchka's vor<sup>271)</sup>. Im Falle der l. 1 C. 8, 19 soll der kaufende Pfandgläubiger die Pfandforderung nicht gegen den Kaufpreis aufgerechnet haben! Wie gesucht diese Erklärung ist, wurde oben hervorgehoben. In den Fällen der l. 3 § 1 D. 20, 5; l. 17 D. 20, 4 und l. 3 C. 8, 18 soll dem Eigenthümer kein Pfandrecht zuerkannt werden<sup>272)</sup>. Hier kehrt die Be-

---

268) cfr. l. 12 § 7 D. 49, 15. Dernburg, II. p. 524, 515; l. 17 D. 20, 4.

269) Auch er versteht den Ausdruck „in ius succedere“, l. 3. C. 8, 18, von einer Nachfolge in den blossen Rang des getilgten Pfandrechts, p. 107.

270) Es ist seltsam genug, dass er dem Eigenthümer hier die Pfandklage zugesteht, obwohl doch „die Einrede“, welche das untergegangene Pfandrecht zurücklässt, nach seiner Meinung hinlänglich schützt.

271) Mit den Ergebnissen dieser Schrift erklärt sich einverstanden Muther, p. 819 l. c.

272) Es mag hier bemerkt werden, dass Buchka, p. 13 und 14, die Unterstellung bekämpft, als handle Paulus in der l. 30 § 1 D. 44, 2 vom Pfandbesitz. Ob man hypotheca oder pignus annehme, sei ganz gleichgültig, da beide sich nicht mit dem Eigenthum verträgen. Paulus



hauptung Dernburg's und Sintenis' wieder. Hatte dieser den Schutz des abfindenden Käufers aus einer vagen Billigkeit hergeleitet, so hatte jener eine Begründung desselben geradezu

soll dieses „Axiom“ vertragen, p. 11, und dennoch gesteht er dem Pfandgläubiger sein Pfandrecht auch nach dem Erwerb des Eigenthums zu, p. 21 ff.! Uebrigens ist aber die Behauptung, dass nach neuerem Recht kein Unterschied zwischen Faustpfand und Hypothek stattfinde, p. 13, nicht richtig. Dernburg, I. p. 97, auf den sich Buchka beruft, sagt nur: „denn beide Institute sind — in ihren Wirkungen wesentlich identisch und gleichen Rechtsgrundsätzen unterworfen.“ Nichts Neues bietet Bremer, p. 6. Im Hinblick auf das Verkaufsrecht ist in der That ein Unterschied nicht zu constatiren, nur das blosse Factum des Besitzes hat das pignus voraus. Die actio hypothecaria wurde aus beiden, Faustpfand und Hypothek, gegeben. So konnten in der That die Institutionen sagen: inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest (§ 7. I. 4, 6) und die Aeusserung Marcian's in der l. 5 § 1. D. 20, 1: „Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt“ wird in diesem Sinne verstanden werden müssen, da sie aus dem liber singularis ad formulam hypothecariam entnommen ist. Dies thut auch Buchka. Er hätte aber offenbar davon ausgehen sollen, dass die scheinbar allgemein ausgesprochene Gleichstellung sich auf jene Punkte beschränkt. Dass von einer völligen Identificirung keine Rede sein kann, ergibt sich auch aus den unmittelbar auf die citirten folgenden Worte des § 7. I. 4, 6 „sed in aliis differentia est etc.“ Buchka stellt das Verhältniss geradezu auf den Kopf.

Ueber die sachenrechtliche Kernfrage gibt Buchka ganz unzureichende Auskunft. Er definirt das Eigenthum mit Dernburg, p. 16, als die vollkommene Herrschaft über eine körperliche Sache. Hinsichtlich der Servituten, bemerkt er gleich vorsorglich, leide dieser Begriff keine Ausnahme, und doch entwickelt er p. 27 gelegentlich der Interpretation der l. 31. D. 8, 3 ein Beispiel, welches dem behaupteten Grundsatz „nulli res sua servit“ widerspricht, cfr. Ihering, p. 450; Hartmann, 31 ff. Wie aber das Pfandrecht? P. 14 stellt er die Unverträglichkeit von Pfandrecht und Eigenthum als zweifellos hin, p. 10 erscheint sie als „ein allgemein anerkanntes Axiom“, p. 16 werden Ausnahmen zugegeben. Paulus soll aber an der Unbedingtheit des Grundsatzes festhalten, bloss eine Pfandklage zugestehen, weil die Formel passe. Buchka, der in diesem Verfahren einen materiellen Rechtsgedanken ausgedrückt findet, gelangt also zum Resultate, dass der grosse römische Jurist sich entweder des Sinnes seiner Aussprüche nicht bewusst oder ein schamloser Gaukler war.



verschmäht und nur auf die Analogie der *in rem versio* hingewiesen. Diesen Gedanken spinnt Buchka nach einer bestimmten Richtung hin fort. Der Gesichtspunkt der Verwendung ist die Rüstkammer, aus welcher der Eigenthümer seine Waffen hervorholt <sup>273</sup>).

Wäre diese Hypothese richtig, so müsste derselbe, sobald er die Existenz von Nachhypothecken gekannt hätte, seinen Anspruch verlieren, da ihm als *malae fidei possessor* nur ein Ersatzrecht der *impensae necessariae* zukäme <sup>274</sup>). Ueberdies aber müsste er aller Rechte bar werden, wenn er den Besitz verlöre. Gleichwohl findet sich hiervon nicht die leiseste Andeutung in den Quellen <sup>275</sup>). Ferner widerspricht die Auslegung Buchka's der Redeweise der Juristen. Den Ausdruck „*offerri poterit emptori*“ in einem anderen als pfandrechtlichen Sinne zu verstehen, wäre ganz ungewöhnlich <sup>276</sup>), nur in wenigen Stellen hat er eine andere Bedeutung. Der technische Gebrauch der Redensart „*in ius succedere*“ liess sich nicht wegleugnen. Da sie sich indess nur in der l. 3 C. 8, 18 findet, so gilt es als gewiss, dass der Kaiser sich schief ausgedrückt hat. Die Schwäche solcher Beweisführung braucht nicht hervorgehoben zu werden. Indess dürfte doch die Bemerkung am Platze sein, dass jenes Gesetz im Jahre 224 erlassen ist, also noch zu Ulpian's Lebzeiten († 228) und nur gewissenlose Kaiser ohne den Rath des Consistorium

---

273) cfr. über Dernburg Buchka, p. 21.

274) Dernburg, II. p. 353. Buchka hütet sich wohl anzugeben, zu welcher Art *impensae* der Kaufpreis zu rechnen sei. Die Quellen machen einen solchen Unterschied nicht, cfr. l. l. 1 und 2 C. 7, 36, wie er im Texte angegeben ist.

275) Dernburg, I. p. 101 und 102.

276) l. 3 § 1 D. 20, 5; Hartmann, p. 51; Regelsberger, p. 205, der noch andere sprachliche Argumente gegen Buchka in's Feld führt.



oder Auditorium rechtliche Bescheide ertheilten <sup>277</sup>, <sup>278</sup>). Zu diesen aber ist der milde Alexander Severus gewiss nicht zu zählen.

So erwiesen sich denn alle Versuche fruchtlos, für das römische Recht das Vorkommen eines Pfandrechts an der eigenen Sache zu leugnen, welches den schulmässigen Begriffen, dass das Eigenthum eine unbeschränkte Herrschaft sei, das Pfandrecht bloss als ein accessorisches Recht sich darstelle, gleich sehr widersprach. Da man sich zu einer Reform nicht entschloss, so blieb nichts übrig, als Billigkeitsausnahmen zu statuiren. Diese Construction findet sich bei Göschen <sup>279</sup>), v. Vangerow <sup>280</sup>), Rudorff <sup>281</sup>), Arndts <sup>282</sup>), Baron <sup>283</sup>), Regelsberger <sup>284</sup>), Ihering <sup>285</sup>), Windscheid <sup>286</sup>), auch

---

277) Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 2. Aufl., Leipzig 1871, I. p. 104. Puchta, Institutionen, I. p. 339 ff. Uebrigens ist es irrig, wenn Buchka, p. 40, behauptet, Windscheid nehme in den Fällen der l. 17 D. 20, 4 u. l. 3 § 1 D. 20, 5 und l. 3 C. 8, 18 Fortbestand der Forderung oder vielmehr Uebergang des Pfandrechts auf eine andere Forderung an. Windscheid, I. p. 752, auch p. 722 lässt es als selbstständiges Recht ohne Forderung fortbestehen.

278) Die l. 61 pr. D. 36, 1 berücksichtigt Buchka gar nicht.

279) cfr. Dernburg, II. p. 514.

280) v. Vangerow, II. p. 899 und 900.

281) Rudorff, zu Puchta's Pandecten, p. 310 Note 1 und 320 Note b.

282) Arndts, p. 570.

283) Baron, p. 284 sub 3b und p. 314 sub 2.

284) Regelsberger, p. 204.

285) Ihering, p. 285. Dieser Rechtslehrer spricht von noch „nicht erreichter Zweckbestimmung des Rechts“.

286) Windscheid äussert zwar nicht geradezu, dass „aequitatis“ oder „utilitatis causa“ dem Eigenthümer das Pfandrecht erhalten bleibe. Doch dürfte die Gesamtdarstellung unserer Frage, welche in vielen Wendungen an diejenige von Arndts, p. 568 ff., anklingt, jene Annahme nahe legen. Die Hypothek des Eigenthümers ist ihm eine Anwendung der Kategorie des theilweisen Ruhens der Rechte. Dieser Gedanke findet sich übrigens schon bei Sintenis, p. 109: „Die l. 30 § 1 D. 44, 2 handelt von einem Fall, in welchem neben dem Eigenthum das Pfandrecht nur ruhend, nicht wirklich fort dauert.“



wohl bei Bähr<sup>287)</sup>. So hatte man sich im Kreise gedreht und war im Wesentlichen zu der Ansicht von Wenning-Ingenheim's zurückgekehrt.

Erst die neueste Zeit brachte Hülfe. Hartmann zeigte, dass die beschränkten dinglichen Rechte nicht als Rechte an fremder Sache definirt werden dürften. Sohm wies nach, dass der accessorische Character kein begrifflich wesentliches Moment des Pfandrechts bilde<sup>288)</sup>.

### § 6.

## DIE EINZELNEN FÄLLE, IN DENEN EIN PFANDRECHT AN DER EIGENEN SACHE ERSCHEINT.

In den Lehrbüchern, welche für das gemeine Recht das ausnahmsweise Vorkommen eines Pfandrechts an der eigenen Sache anerkennen, finden sich gewöhnlich drei Fälle registrirt<sup>288a)</sup>. Diese Aufzählung scheint zu enge. Es ist dabei Folgendes übersehen:

1. Man hat nur das Pfandrecht im engeren Sinne berücksichtigt.

2. Man hat das Pfandrecht neben dem Eigenthum nur beachtet, wenn es die Sache zu Eigenthumsrecht ergriff.

3. Endlich sind diejenigen Fälle keiner Berücksichtigung gewürdigt, in welchen ein Pfandrecht sich mit einem besonderen dinglichen Recht vereinigt. Dieselben sollten wenigstens der Vollständigkeit halber angezogen werden, wenn sie

---

287) Bähr, Jahrbücher für Dogmatik, XI. p. 95, Note 52.

288) Sohm in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, p. 2. ff.

288a) Ueber die Zahl der einschlägigen Fälle herrscht unter den Schriftstellern der Gegenwart nahezu Einstimmigkeit.



auch natürlich, genau genommen, nicht in den Rahmen der vorliegenden Erörterung gehören.

Mit Rücksicht hierauf lassen sich die Einzelfälle nach folgender Gliederung ordnen:

I. Das Pfandrecht tritt als causa auf, erscheint als ein allgemeiner Character, den verschiedene Rechtsgeschäfte annehmen können. Insofern wir auf den Zweck sehen, können wir dem Berechtigten, dessen sachenrechtliche Befugnisse sich natürlich nur auf einen Titel stützen, zugleich die Eigenschaft zuschreiben, Pfandgläubiger zu sein. Dieser Zweck hat sich manchmal so sehr in den Vordergrund gedrängt, dass er einem alten Rechtsinstitut, welches in dieser besonderen Richtung verwendet wurde, einen eigenen Namen verlieh. Für „Umfang und Wirkung“, „Entstehung und Endigung“ des Rechts ist er in hohem Grade bedeutsam <sup>288b</sup>). Das Schauspiel aber eines Kampfes sachenrechtlicher Principien zeigt sich nicht.

Hier lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

1. Der Pfandnehmer erhält die allgemeine dingliche Herrschaft; dies war der Fall:

a. bei der fiducia <sup>289</sup>) des römischen Rechts Sie verlieh volles unbedingtes Eigenthum.

b. bei der bedingten Investitur des deutschen Rechts. Dieselbe kann eine suspensiv oder eine resolutiv bedingte sein, so dass der Gläubiger entweder bei mora des Schuldners Eigenthum gewinnt oder bei Zahlung das gleich anfangs übertragene Eigenthum wieder verliert.

2. Der Pfandnehmer erhält eine besondere dingliche Herrschaft:

---

288b) Dernburg, I. p. 97.

289) Derselbe, I. p. 7 ff.



a. das römische Recht kennt hier nur eine Form, die pfandweise bestellte Servitut,

b. das deutsche Recht hingegen folgende:

α. Das sog. feudum pigneraticium<sup>290</sup>), d. h. ein Lehn an „einer zur Pfandsatzung mit Besitz und Genuss übergebenen Sache“.

β. Die sog. ältere Satzung, d. h. die Verpfändung der Nutzung eines Grundstücks, wobei sich folgende Verschiedenheiten zeigen:

aa. Die Nutzungen werden auf das Kapital aufgerechnet: „Setzen auf Todtschlag“.

bb. Dieselben werden an Stelle der Zinsen (loco usurarum) bezogen.

Es ist klar, dass nur, wenn Eigenthum aus Pfandzwecken übertragen wird, von einem Pfandrecht an eigener Sache in diesem Sinne die Rede sein kann, man müsste denn unter dem Wort „Sache“ auch die res incorporalis begreifen. Bloss des Gesamtüberblickes wegen sind diejenigen Fälle aufgeführt, in welchen Jemand eine besondere dingliche Befugniss zu Pfandzwecken erhält.

II. Das Pfandrecht erscheint als ein besonderes Rechtsinstitut, als dingliches Verkaufsrecht.

1. Es verbindet sich mit der allgemeinen Herrschaft, dem Eigenthum. Hier sind zwei Modalitäten denkbar:

a. Das Eigenthum ist durch ein fremdes dingliches Recht beschränkt. In diesem Falle kann die eigene Sache dem Eigenthümer verpfändet werden:

α. Zu Eigenthumsrecht. Dieses Resultat lässt sich auf drei Wegen hervorbringen:

1. Ein Pfandgläubiger erwirbt Eigenthum:

---

290) Dernburg, I. p. 498; von Gerber, Privatrecht, p. 297; von Meibom, Deutsches Pfandreht, p. 388.



a. unter Fortbestand der Pfandforderung, l. 30 § 1 D. 44, 2;

b. unter gleichzeitiger Tilgung derselben, l. 1 C. 8, 19.

2. Der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht, l. 19 D. 20, 4.

3. Jemand erwirbt Pfandrecht und Eigenthum zur selben Zeit, und zwar:

a. ein Nachhypothekar, l. 17 D. 20, 4;

b. ein Dritter, l. 3 § 1 D. 20, 5 und l. 3 C. 8, 18.

β. Zu emphyteutischem Recht<sup>291)</sup>.

γ. Zu superficiarischem Recht.

δ. Zu Niessbrauchsrecht. Hier kann natürlich nur die Ausübung, nicht das Recht selbst verpfändet werden. Ein Beispiel hat sich oben (§ 4 II. 3c) ergeben.

ε. Zu Afterpfandrecht<sup>292)</sup>.

b. Dem Eigenthum treten generelle Grenzen entgegen, l. 61 pr. D. 36, 1. Ist nicht folgender dem Handelsrecht angehöriger Fall eines Pfandrechts an der eigenen Sache hierher zu ziehen?

Der Einkaufscommissionär erwirbt, da er in eigenem Namen contrahirt, Eigenthum an der erstandenen Sache, kann dasselbe jedoch seinem Committenten gegenüber nicht geltend machen, sondern muss sich diesem gegenüber mit seinem gesetzlichen Pfandrecht (bez. Retentionsrecht) begnügen, welches ihm nach Art. 374 des Handelsgesetzbuchs zusteht<sup>293)</sup>.

2. Das Pfandrecht verbindet sich mit einem besonderen

---

291) Hartmann erklärt ein solches Pfandrecht für zulässig, p. 18. Sollte dasselbe nicht in Folge der prätorischen Missionen in Rom vorgekommen sein?

292) cfr. Bremer, p. 147 Note 3.

293) cfr. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. p. 1026.



dinglichen Rechte. Auch dies kann in dreifach verschiedener Weise geschehen <sup>294</sup>):

- a. der Pfandgläubiger erwirbt das besondere dingliche Recht;
- b. der Berechtigte erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht;
- c. Jemand erwirbt Nutzungsrecht und Pfandrecht zur selben Zeit.

Es versteht sich, dass nur in den unter 1 aufgeführten Fällen ein Pfandrecht an der eigenen Sache vorliegt.

III. Das Pfandrecht erscheint als Verkaufsrecht und als causa.

Diese merkwürdige Verbindung findet sich bei der Geldverpfändung. Die Parteien wollen offenbar ein eigentliches Pfandrecht, ein eventuelles Verkaufsrecht begründen. Da aber in Folge der Fungibilität des Geldes jede andere Eigenschaft gegen die Tauschfähigkeit zurücktritt, so geht volles Eigenthum auf den Pfandnehmer über <sup>295</sup>).

---

294) Bremer, p. 147.

295) Windscheid, I. p. 725 Note 2. Der pfandrechtliche Character des sog. *pignus irregulare* zeigt sich auch darin, dass in ihm eine verbotene Intercession zu erblicken ist, dass es im Unterschiede vom *depositum* die Einrede der Compensation nicht ausschliesst, cfr. Dernburg, I. p. 429, Note 2.



Verlag von DUNCKER & HUMBLLOT in Leipzig.

---

- E. Zitelmann**, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. 13 Mark.
- Ernst Meier**, Ueber den Abschluss von Staatsverträgen. 8 Mark 40 Pf.
- L. Brentano**, Die Arbeiterversicherung gemäss der heutigen Wirthschaftsordnung. Geschichtliche und ökonomische Studien. 5 Mark 20 Pf.
- A. Bulmerincq**, Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts. 4 Mark.
- E. Friedberg**, Der Staat und die Bischofswahlen in Deutschland. Mit Actenstücken. 2 Bände. 16 Mark.
- J. Froebel**, Die Gesichtspunkte und Aufgaben der Politik. Eine Streitschrift nach verschiedenen Richtungen. 9 Mark.
- K. Th. v. Inama-Sternegg**, Deutsche Wirthschaftsgeschichte bis zum Schluss der Karolingerperiode. 12 Mark.
- A. v. Studnitz**, Nordamerikanische Arbeiterverhältnisse. 14 Mark.
- A. Thun**, Die Industrie am Niederrhein. 12 Mark.
- W. Lewis**, Das Deutsche Seerecht. Ein Kommentar zum V. Buch des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches. Zwei Bände. 15 Mark.
- F. Thudichum**, Deutsches Kirchenrecht des neunzehnten Jahrhunderts. Zwei Bände. 14 Mark.
- L. v. Bilinski**, Die Gemeindebesteuerung und deren Reform. 7 Mark 20 Pf.
- L. v. Bilinski**, Die Luxussteuer als Correctiv der Einkommensteuer. 4 Mark.
- Fr. J. Neumann**, Ueber die Einkommensteuer im Staats- und Gemeindehaushalt. 4 Mark 80 Pf.
- H. Schmidt**, Die Steuerfreiheit des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Theorie der Einkommensteuern. 2 Mark.
- L. Brentano**, Das Arbeitsverhältniss gemäss dem heutigen Recht. Geschichtliche und ökonomische Studien. 6 Mark.
- F. Rottenburg**, Vom Begriff des Staates. Erster Band: Einleitung und Geschichte der französischen Staatstheorien bis 1879. 8 Mark.
- G. Cohn**, Untersuchungen über die Englische Eisenbahnpolitik. 2 Bände. 20 Mark.
- E. Rittner**, Oesterreichisches Eherecht systematisch und mit Berücksichtigung anderer Gesetzgebungen dargestellt. 7 Mark 20 Pf.
- A. Ogonowski**, Oesterreichisches Ehegüterrecht systematisch dargestellt. Erster Theil. 9 Mark.
- A. Grawein**, Verjährung und gesetzliche Befristung. Eine civilistische und wechselrechtliche Untersuchung mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Recht. I. Thl. Civilrechtliche Grundlegung. 5 Mark.



Verlag von DUNCKER & HUMBLLOT in Leipzig.

---

# **P a n d e k t e n.**

Von

**J. Baron,**

o. ö. Professor der Rechte in Greifswald.

**Dritte Auflage,**

unter Berücksichtigung der Civilgesetzgebung des deutschen Reichs.

Preis M. 13.20.

---

## **Das deutsche Civilprozessrecht**

mit Rücksicht

**auf die Justizgesetze des deutschen Reichs**

in den Grundzügen systematisch dargestellt

von

**Dr. L. von Bar,**

Geh. Rath, Professor in Göttingen.

Preis M. 2.—. cart. M. 2.60.

---

## **Das deutsche Strafprozessrecht**

mit Rücksicht

**auf die Justizgesetze des deutschen Reichs**

in den Grundzügen systematisch dargestellt

von

**Dr. R. E. John,**

Geh. Rath, Professor in Göttingen.

Preis M. 2.—. cart. M. 2.60.

---

## **Lehrbuch**

des

## **Deutschen Staatsrechts.**

Von

**Georg Meyer,**

o. ö. Professor d. Rechte in Jena.

Preis M. 12.—.







Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

---

# RECHTSLEXIKON.

Encyklopädie der Rechtswissenschaft  
in alphabetischer Bearbeitung.

Unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter

herausgegeben

von

**Franz von Holtzendorff.**

Dritte,

auf Grund der neuesten Reichsgesetzgebung vollständig umgearbeitete  
und unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungs- und des  
Handelsrechts bedeutend vermehrte Auflage.

In ca. 40 Lfgn. à M. 1.20.

---

## ENCYKLOPÄDIE

der

# RECHTSWISSENSCHAFT

in systematischer Bearbeitung.

Unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter

herausgegeben

von

**Franz von Holtzendorff.**

Dritte vermehrte und verbesserte Auflage.

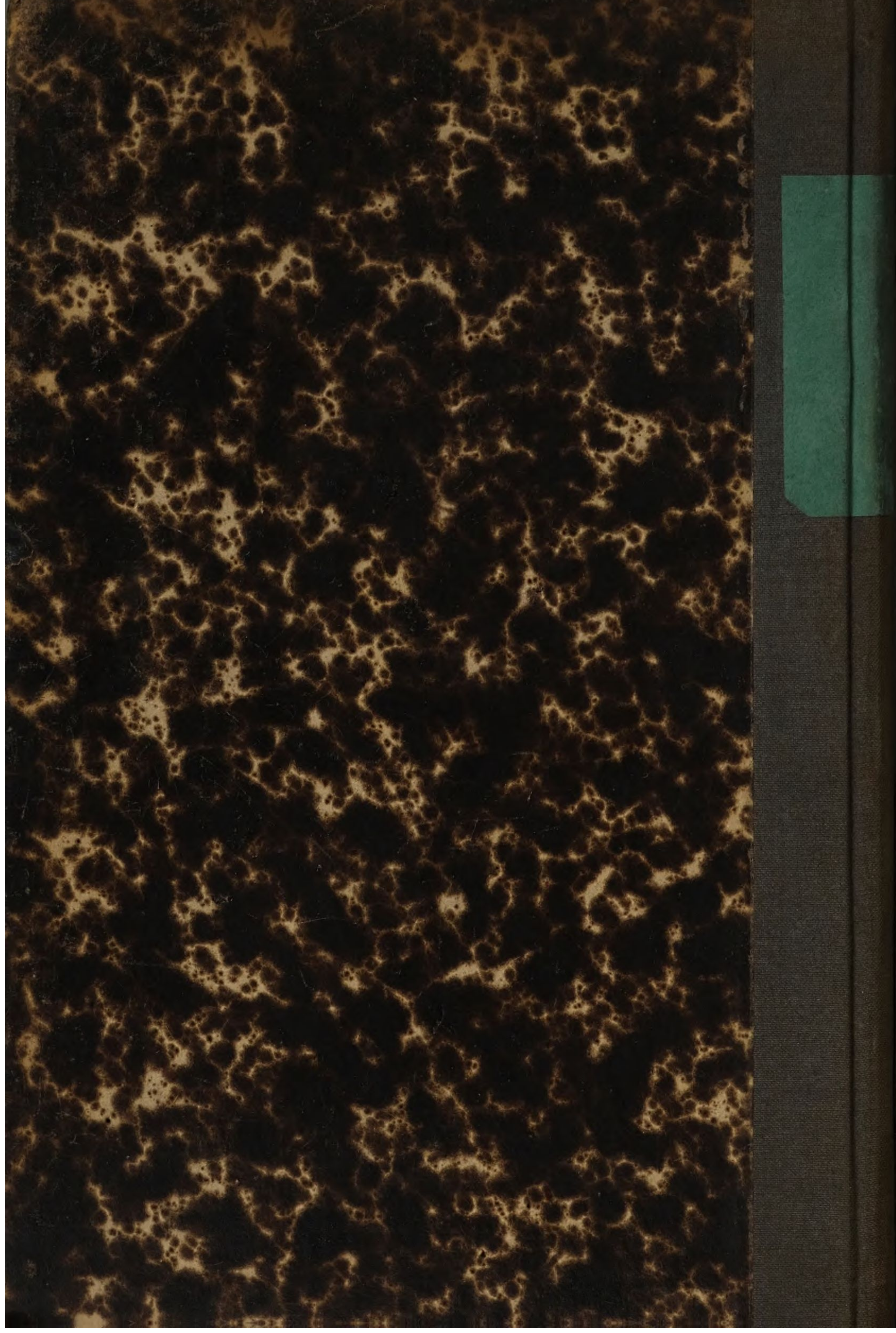
X, 1238 Seiten. Preis M. 20.—.; in Halbfranzband M. 22.40.

---











Kuhlmann, Hugo

Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen römischen  
Rechts

Leipzig 1881

J.rom.m. 278 k

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637668-7